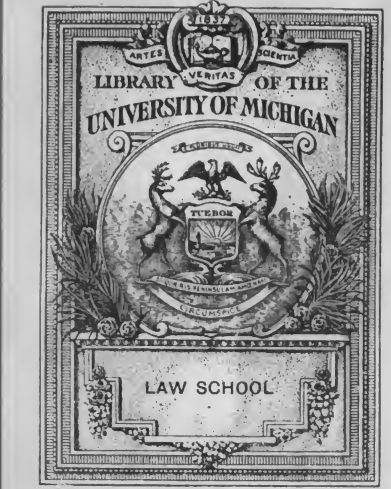
KRITISCHE UEBERSCHAU DER DEUTSCHEN GESETZGEBUNG UND...

Ritter Karl Ludwig Arndts von Arnesberg, ...

Digitized by Google

K11 .R574x


ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW SCHOOL

Digitized by Google

Digitized by Google

Kritische Ueberschau

der deutschen

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

Dr. L. Arndts, Dr. J. C. Bluntschli und Dr. J. Pözl,
o. ö. Professoren der Rechte.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

52714

Sechster Band.

München.

Verlag der literarisch-artistischen Anstalt.

1859.

Digitized by Google

Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in Stuttgart und Augsburg.

Digitized by Google

10-28-25 Buchhaus

I.

Die Lehre vom Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. Von Dr. Moritz Voigt, Privatdocenten an der Universität Leipzig.

Leipzig. Voigt und Günther. 1856. 680 S.

Wenn der Verfasser in der Einleitung die Stellung, welche die moderne Doctrin der Rechtsgeschichte dem Gegenstand dieses Werkes gegenüber einnimmt, eine „unklare, der Aufgabe und des Zieles ihrer Forschung mangelhaft sich bewußte" nennt, so ist gegen diesen Vorwurf kaum etwas stichhaltiges einzuwenden. In der That ist, was in rechtsgeschichtlichen Darstellungen über die Bedeutung und die unterscheidenden Merkmale der drei in der Ueberschrift genannten Kategorien gesagt zu werden pflegt, wenig geeignet, solche Leser, die sich nicht an ungefähren Anschauungen genügen lassen, zu befriedigen. Mindestens aber dürfte das Selbstbewußtseyn über die Unzulänglichkeit ihrer bisherigen Erkenntniß der Wissenschaft nicht gänzlich abzusprechen seyn, und so wird jedes auf Erzielung größerer Klarheit gerichtete Unternehmen selbst dann der Beachtung und des Willkommens sicher seyn, wenn auch nach seinem Erscheinen nicht überall, wo bisher Schatten war, Licht herrschen sollte.

Es ist nicht möglich, ein Buch wie das vorliegende aufmerksam zu lesen, ohne mit der vollsten Anerkennung, oft mit Bewunderung der ungemeinen Gründlichkeit zu folgen, mit welcher der Verfasser den Gegenstand seiner Forschung nach allen Seiten hin zu erschöpfen bemüht ist. Ob durch eine etwas concentrirtere, etwas weniger ab ovo ausholende, Wiederholungen und Bekanntes etwas

Digitized by Google

mehr vermeidende, und vor allen Dingen in etwas leichteren Perioden sich bewegende Darstellung, dem Zwecke, die aufklärenden Resultate der vor den Augen des Lesers sich abspinnenden Untersuchung möglichst bald zum Gemeingute der Wissenschaft zu machen, nicht besser gedient gewesen wäre, selbst auf Kosten eines geringeren Umfangs des Buchs, ist eine Frage, die wohl schon manchem Leser sich unwillkürlich aufgeworfen hat.

Wenn wir uns dessenungeachtet für überzeugt halten, daß unter der großen Menge von Schriften über Materien des römischen Rechts, welche die letzten Jahre zu Tage gefördert haben, wenige sind, die sich der Mühe und des Zeitaufwandes eines eingehenden Studiums dankbarer erwiesen als die vorliegende, so wünschten wir den nachfolgenden Bemerkungen mehr die Absicht beigelegt, diese Meinung zu begründen, mithin dem Buche Leser zu gewinnen, als durch einen dürftigen Auszug für das Studium ein unzulängliches Surrogat zu bieten.

Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, daß das zu besprechende Buch, weit davon entfernt die Aufgabe die der Verfasser sich gestellt, zu erschöpfen, vielmehr von deren Ausführung den ersten Theil darbietet. Nur die „Wesenbestimmung jener Gegensätze an sich" bildet seinen Inhalt, während die Darstellung der „jenen Begriffen untergeordneten Rechtsmaterie in ihrer durch historische Entwicklung gegebenen Formation" einem zweiten und dritten Theil vorbehalten bleiben soll. Daß aber dieser erste Theil den eigentlichen Knoten des Gegenstandes zu lösen hat und dasjenige behandeln muß, um dessen Aufklärung es der Wissenschaft vorzugsweise zu thun ist, folgt aus der Natur der Sache.

Mit Recht hat der Verfasser eine periodische Fixirung seiner Betrachtungen für geboten erachtet. Wenn er als den ersten epochemachenden Abschnitt das Zeitalter Cicero's, als zweiten die classische Jurisprudenz, als dritten das Zeitalter Justinians annimmt, so geht diese Periodisirung mit derjenigen Hand in Hand, welche sich für die Gesammtbetrachtung der römischen Rechtsgeschichte als die einzig sachgemäße, trotz aller Abweichungen, stets von neuem wieder aufdrängt. Innerhalb der einzelnen Perioden geht der Verfasser so zu Werke, daß jeder der drei zu erörternden Begriffe zunächst einer abgesonderten Untersuchung unterworfen wird, um so für die Bestimmung des gegenseitigen Verhältnisses

Digitized by Google

die nöthigen Grundlagen zu gewinnen. Für die erste Periode macht die aequitas den Anfang, und so wird das Buch nicht ungeeignet mit einer Analyse des Begriffs der Billigkeit vom allgemeinen Standpunkt aus eröffnet.

Der Unterschied von Recht und Billigkeit stellt sich dem Verfasser zunächst als wesentlich formaler dar. Recht ist „Wille der Staatsgewalt." Billigkeit: „Ausfluß der rechtlichen Ueberzeugung der menschlichen Individuen." Als Normalverhältniß wird hingestellt die Identität von Recht und Billigkeit. Wo das Normalverhältniß als verwirklicht erscheint, kann niemals auf dem „Boden des Abstracten," sondern nur bezüglich der Anwendung auf den concreten Fall von einem Gegensatz die Rede seyn; nur wo Recht und Billigkeit dem Stoffe nach auseinanderfallen, kommt es zu einem principiellen Conflicte. In der Auffassung dieses Widerstreits findet der Verfasser einen wesentlichen Unterschied zwischen der „deutschen Wissenschaft" und der römischen Anschauung der ersten Periode: während nämlich erstere die Billigkeit als eine dem Princip des Relativen sich unterordnende Rechtsnorm erfasse, so habe sich der Römer von damals die Billigkeit von andern maßgebenden Privilegien als das Recht vorgestellt. Die „deutsche Billigkeit," meint der Verfasser nicht mit Unrecht, trete dem Recht nur als jedesmalige Connivenz für die individuelle Eigenthümlichkeit concreter Fälle gegenüber, niemals als geschlossenes, seines Inhaltes sich bewußtes System; anders in Rom, wo die besondere Beschaffenheit und Entwicklung des Volksgeistes zu einem Begriffe der aequitas als compactem Gegensatz zum jus, mit bestimmten durch die jeweilig jüngste Rechtsanschauung des römischen Volks gegebenen und formulirten Postulaten, führte. Die römische aequitas nimmt, im vollen Bewußtseyn und mit der Prätension Quelle neuzuschaffenden Rechtes zu seyn, mit dem jus, soweit es mit ihr unverträglich, den Kampf auf.

Nachdem diese aequitas allmählich aus dem Gebiete vulgärer Anschauung zur Sphäre wissenschaftlicher Begriffe sich erhoben, tritt sie, nach des Verfassers weiterer Ausführung, in den Schriften Cicero's in einer dreifachen Erscheinungsform auf: 1) als die alte vulgäre aequitas, ihren Gegensatz bald im jus, bald im iniquum suchend; 2) als wissenschaftlicher Begriff ein bestimmtes und scharf abgegränztes Princip vertretend mit dem Gegensatz: ratio juris

Digitized by Google

civilis; 3) als rein philosophische Anschauung selbständig neben jenen beiden im Gegensatz zu religio und jus divinum. Die vulgäre aequitas des Cicero kommt, wie der Verfasser durch eine Menge von Citaten (§. 7) nachweist, im ganzen mit dem vagen Begriff der modernen Billigkeit auf eins heraus, während aequitas zum wissenschaftlichen Begriff erhoben, oder das schon von Cicero in zahlreichen Stellen sogenannte aequum et bonum bereits eine sehr bestimmte und scharf ausgeprägte Bedeutung hat, insofern nämlich darunter nichts anders zu verstehen ist, als das Princip der freiern Auslegung des Wortlauts der Satzung (mag sie lex publica oder privata seyn), das Princip der „Unterordnung des Wortes unter den Gedanken" (§. 9). Als Hauptbelege dieser behaupteten Identität werden aus Cicero angeführt die bekannten Aeußerungen bezüglich der causa Curiana (Brutus 39, 144. 53, 198. de oratore 1, 57. 244.) und in Betreff des Gratidianischen Rechtsfalls (de offic. III, 16, 67.), ferner die berühmte Deduction im Processe des Caecina, welche der Verfasser einer für den Zweck etwas allzu umständlichen Analyse unterwirft (§. 11). Wenn demnach Cicero und seine wissenschaftlich gebildeten Zeitgenossen in ihren Reden und Schriften auf aequitas und aequum et bonum provociren, so hätten wir hierin nur eine theoretische Anerkennung jenes von den ältesten Rechtsinterpreten praktisch schon lange befolgten Princips zu sehen, in der Form von Auslegungen der Gesetze, materiell neues dem Volksbewußtseyn und dem Bedürfniß besser zusagendes Recht ins Leben zu führen, woraus sich dann zur Noth allerdings erklärt, wie Cicero topic. 7, 31. die aequitas als besondere Rechtsquelle dem Gesetz und der Gewohnheit an die Seite setzen kann. „Zur Noth" sagen wir, denn aus den vom Verfasser angeführten Belegen können wir nur soviel schließen (was freilich ohnehin keinen Zweifel hat), daß eine freie Auslegung der bemeldeten Art sowohl von Cicero als seinen Vorgängern und Nachfolgern aequa und der aequitas entsprechend genannt worden ist, nicht aber, daß in dieser einen Anwendung der ganze „wissenschaftliche" Begriff der aequitas aufgegangen sey. Wir müssen die weiteren Zeugnisse für die Durchführbarkeit dieser Auffassung, da der Verfasser einen dritten Theil seines Werkes erbringen zu wollen verheißt, bevor wir urtheilen, abwarten.

Digitized by Google

Der Verf. geht dann (§. 13) zur Bestimmung des *jus gentium* gleichfalls zunächst in Ciceronianischer Auffassung über. In Anleitung mehrerer Stellen, namentlich de officiis III, 17, 69, wird das Verhältniß des jus gentium zum jus civile dahin angegeben, daß beides wirklich geltendes Recht, letzteres aber ausschließlich für römische Bürger, ersteres für die Beziehungen freier Menschen überhaupt, ohne alle Rücksicht auf Staatsgemeinschaft, sey (§. 14). Jus gentium ist „dasjenige positive Recht, welches die Rechtsverhältnisse freier Menschen, also der römischen Bürger ebensowohl wie von Peregrinen normirt." Gegen das treffende dieser Charakteristik ist an sich kaum etwas einzuwenden: nur wenn vom „positiven" Recht die Rede ist, wirft sich die Frage nach der Quelle und dem Umfange der Geltung derartiger Rechtsnormen auf. Von positivem Recht kann nicht die Rede seyn, ohne daß an ein bestimmtes Gebiet der Herrschaft gedacht wird. War für das jus gentium dieses Gebiet der römische Staat, so ist vom jus gentium nur so viel die Rede, als es durch dessen rechtsbildende Organe Aufnahme und Anerkennung fand; war es ein weiteres, unbestimmtes, so ist das Prädicat „positives" Recht kein geeignetes mehr. Daher können wir nicht wohl anders als annehmen, daß schon bei Cicero, wie es für die spätere Zeit der Verfasser ausdrücklich anerkennt, sich mit dem Begriff jus gentium die Vorstellung einer idealen Kategorie, eines Inbegriffs von Vernunftpostulaten verbunden habe. Uebrigens scheint es, daß der Verfasser dem sogenannten „wissenschaftlichen Begriff" gegenüber die im Herzen der Nation lebende Anschauung von dem was jus gentium sey, zu sehr hintangesetzt habe. Es heißt dem Cicero zu viel Ehre angethan, wenn man ihn auch in diesen Dingen als Repräsentanten seiner Zeit hinstellt. Trotz vieler juridischen Kenntnisse hat er für das eigentliche Wesen des Rechts niemals Verständniß gehabt, und seine Aussprüche, selbst wenn sie klar und unzweideutig wären, sind in diesen Dingen nichts weniger als maßgebend. Den Uebergang zum *jus naturale* hat der Verfasser durch einen langen Streifzug in das Gebiet der griechischen Philosophie, und zwar von deren ersten Anfängen bis auf Carneades hin, vorzubereiten für nöthig gehalten. Auf diesem Excurse dem Verfasser zu folgen, davon dürfen wir uns mit um so leichterem Gewissen dispensiren, als die aus der Betrachtung der verschiedenen Systeme über Wesen und Ursprung des

Digitized by Google

Rechts zusammengetragene Ausbeute zu demjenigen, was eine vollständige Geschichte der Rechtsphilosophie zu bieten hat, nichts wesentliches hinzufügt. Das Resultat ist kein anderes als das bekannte negative: daß das Bestreben der griechischen Philosophie, eine angemessene Definition vom Rechte zu geben, erfolglos bleiben mußte, und zwar darum weil den griechischen Denkern vom Recht eine unrichtige Vorstellung beiwohnte, verursacht hauptsächlich durch die hartnäckige Verkennung des Unterschiedes von Recht und Moral, der zwar hie und da geahnt, zum wahren Bewußtseyn aber nirgends durchgedrungen ist. Das Verdienst der griechischen Rechts- und Moralphilosophie setzt der Verfasser mit Recht allein darein, daß die Richtung des wissenschaftlichen Denkens durch sie auf einen wichtigen Punkt gelenkt wurde: auf die Beherrschung des Rechts durch höhere Principien und einen allgemeineren organischen Zusammenhang der Erscheinungen auf dem Gebiete der Rechtswelt.

Was nun die römische und insbesondere die Ciceronianische Rechtsphilosophie anbetrifft, so haben wir in derselben bekanntlich nicht viel anders als eine eklektische Verarbeitung der Resultate griechischer Speculation zu sehen. Es ist daher nicht anders möglich als daß die gerügten Mängel der letzteren sich in den Anläufen zu ethischen und naturrechtlichen Systemen, die uns bei Cicero entgegentreten, noch gesteigert durch dessen Eklekticismus, wiederfinden. Dieß tritt sofort hervor bei der Begriffsbestimmung des höchsten ethischen Princips: der ***lex naturae*** (§. 37), von deren Geboten das jus naturae (§. 38) der Inbegriff ist. In beiden suchen wir zwischen Recht und Moral vergeblich die Gränze, wie denn z. B. die Beziehungen der Freundschaft, Dankbarkeit ꝛc. ausdrücklich der lex naturae unterworfen werden. Diesem nichts weniger als positiven jus naturale setzt nun Cicero das positive Recht als jus civile (§. 39) entgegen, bald im materiellen Gehalt, bald in der bloßen Form legislativer Constituirung die Grundlage der Eintheilung suchend, so jedoch daß die Harmonie mit der lex naturae ein Postulat an das jus civile ist. Positives Recht, soweit es mit dem jus naturae im Widerspruch steht, erklärt diese Lehre für gesetztes Nicht-Recht. Ein Fortschritt oder eine weitere Entwicklung der ethischen Systeme der Griechen ist nun in dieser römischen Verarbeitung kaum zu erblicken, wenn wir auch eine mehr eingehende und detaillirende Ausführung des specifischen

Digitized by Google

Rechtsgesetzes, dem als charakteristisches Merkmal das „suum cuique tribuere“ beigelegt wird, als Verdienst Cicero's immerhin anerkennen müssen.

Das gegenseitige Verhältniß der drei in Rede stehenden Begriffe in der Anschauungsweise Cicero's stellt sich dem Schlußresultate nach nun so heraus (§. 42), daß zunächst zwischen aequitas und jus gentium eine Berührung gar nicht stattfindet, wohl aber bereits eine Verwandtschaft der sogenannten wissenschaftlichen aequitas mit dem jus naturale. Zwischen letzterem Begriff und dem jus gentium liegt an sich zwar eine beträchtliche Kluft; aber schon Cicero wird verdächtig der später umsichgreifenden Ketzerei, welche in dem jus gentium ein realisirtes jus naturale sieht — „ein Irrthum, an welchen eine endlose Kette weiterer Irrthümer in consequenter Folgenreihe sich anknüpfen mußte.“

Von den Einflüssen all dieser unklaren hin und her schwankenden Doctrinen hat sich nun, wie wir dem Verfasser zu glauben (§. 43) gern geneigt sind, die gleichzeitige Jurisprudenz vollkommen freigehalten: in reflectirter und bewußter Weise wenigstens hat eine Einwirkung dieser naturrechtlichen Speculationen auf die Thätigkeit der Juristen nicht stattgefunden, deren ganzes kraftvolles Streben auf Schöpfung des Rechts, nicht auf Grübeleien über dessen Wesen und Ursprung gerichtet war.

Nachdem der Verf. darzulegen gesucht hat, wie im Ideenkreise des Repräsentanten der römischen Intelligenz die Worte aequitas, jus gentium, jus naturale drei verschiedenen mehr oder minder scharf bestimmten Kategorien entsprechen, deren jede ein ohne Zweifel wenigstens in gewissen Gränzen berechtigtes Princip repräsentirt, geht er seinem Plane gemäß zur zweiten und zwar ungleich wichtigeren Untersuchung über, deren Gegenstand die Bedeutung der nämlichen Kategorien im Sinne der classischen Jurisprudenz bildet. Diese Darstellung wird vorbereitet durch eine Betrachtung über den Einfluß der Philosophie auf die fortschreitende römische Rechtswissenschaft (§. 44 — 51), ein Einfluß den der Verfasser weit entfernt ist so gering anzuschlagen, wie es von den neueren Rechtshistorikern zu geschehen pflegt. Und in der That wäre es wunderbar, wenn das Eindringen der geistigen Errungenschaften der hellenischen Welt, der das geistige Leben Roms in allen andern Gebieten den mächtigsten Umschwung dankte, gerade die Blüthe des

Digitized by Google

römischen Geistes sollte unberührt gelassen haben. Sichtlicher ist aber dieser Einfluß zunächst darin, daß die Idee einer Gemeinschaft des Menschengeschlechts (societas hominum), welche in der vorigen Periode unreflectirt im jus gentium zur Erscheinung gekommen war, und die damit zusammenhängende Lehre vom jus naturale als eines Quasi-Codex dieses idealen Staates, von nun an ins Bewußtseyn zu treten beginnt, hauptsächlich zwar durch Vermittlung der Ciceronianischen Schriften — daß die Kenntniß dieser Werke Jahrhunderte lang bei jedem Römer der auf Bildung Anspruch machte, vorausgesetzt ward, ist ebensowenig zweifelhaft, als daß die Weiterstrebenden beim Studium Cicero's nicht stehen blieben, vielmehr auf dessen griechische Quellen zurückgingen. So kam es daß nicht bloß die von Cicero aus Plato, Aristoteles und den Stoikern combinirte Lehre vom jus naturale als Gemeinrecht der ganzen Menschheit, sondern selbst die zuerst bei den Pythagoräern sich findende, von späteren Schulen aufgenommene und weiter entwickelte Annahme eines Gemeinrechts der ganzen belebten Creatur (omnium animalium) den römischen Juristen theilweise nicht unbekannt blieb. Als fruchtbringend hat sich der Wissenschaft zwar nur die erstere Lehre erwiesen, indem sie es war, die zuerst „in den freien Raum der denkbaren Rechtsmaterie" nach dessen verschiedenen Dimensionen hin den Blick eröffnete.

Die weitere Untersuchung, da alles dieß im einzelnen nachzuweisen bestimmt ist, beginnt mit der Betrachtung des ***jus naturale*** im Sinne der classischen Jurisprudenz (§. 52). Im allgemeinen unterscheidet sich die Thätigkeit der Classiker in Entwicklung dieses Begriffs von der vorhergehenden, an welche sie anknüpft, darin daß sie ein wesentlich praktisches Ziel verfolgt, demgemäß die Forschung nach dem Inhalt des jus naturale der Speculation gegenüber in den Vordergrund tritt. Bezüglich des Begriffes selbst begegnet uns nun sofort jenes vielbesprochene Schwanken, welches der Verfasser keinen Anstand nimmt, auf einen wirklichen Zwiespalt der juristischen Koryphäen zurückzuführen, und zwar namentlich des Gaius, Paulus und Marcian auf der einen, des Ulpian auf der andern Seite. Aus einer Reihe von zusammengestellten Aussprüchen der beiden erstgenannten Classiker zieht der Verfasser den Schluß, daß in der Auffassung des Gaius und Paulus lex oder jus naturae gleichbedeutend sey mit dem was wir die Natur der

Digitized by Google

Dinge, die Juriſten ſelbſt aber auch ratio naturalis nennen. Das *jus naturale* wäre nach dieſer Auffaſſung nichts anderes als der Inhalt dieſer lex naturae, d. h. der Complex der durch die Natur der Sache gebotenen, aus ihrem wohlverſtandenen Weſen mit Nothwendigkeit ſich ergebenden Normen. Etwas anders geſtaltet ſich der Begriff bei dem durch ſtoiſche Philoſophie mehr beeinflußten Marcian, der im Geiſte dieſer Schule in der lex naturae zwar auch eine gegebene Nothwendigkeit, aber eine höhere, nämlich das Gebot der in der ganzen Schöpfung waltenden uranfänglichen Vernunft, mit einem Wort das Geſetz des göttlichen Willens erblickt wiſſen will (vgl. L. 2 D. de legg). Dieſen gegenüber zerlegt nun Ulpian das jus naturale in einen doppelten Beſtandtheil: der eine ſoll die geſammte Welt der lebenden Weſen beherrſchen, der andere auf die Gränzen der Menſchheit beſchränkt ſeyn. Die erſtere Beziehung liegt zu Grunde dem bekannten Ausſpruch in L. 1 §. 3 D. de just. et jure, in welchem der Verfaſſer eine nahe Verwandtſchaft mit den pſychologiſchen Dogmen Cicero's und Seneca's zu entdecken glaubt. Für die zweite werden gleichfalls eine Reihe von Ulpianiſchen Aeußerungen beigebracht (§. 57), und zwar ſolche Stellen, wo poſitive Rechtsſätze auf das jus naturale geſtützt werden, womit nichts weiter geſagt iſt, als daß dieſe Regeln ſich dem vernünftigen urtheilenden Verſtande als zweckmäßig und ſelbſtverſtändlich darſtellen. Es ließe ſich nun, wenn der Raum es erlaubte, ſehr leicht darthun, daß im Grund und Weſen dieſe angeblich verſchiedenen Auffaſſungen des jus naturale auf einen und denſelben Gedanken hinauskommen, und daß der vom Verfaſſer behauptete Zwieſpalt theils in dem Mangel wirklich ſpeculativer Anſchauung, theils in zufälligen Abweichungen des Ausdrucks ſeinen Grund hat. Indem wir dieſen Nachweis einem andern Orte aufſparen, auch die Art und Weiſe wie der Verfaſſer das Verhältniß des jus naturale zum jus civile einer-, zum jus gentium und aequum et bonum andererſeits, im Sinne der römiſchen Claſſiker zu beſtimmen ſucht, dem Selbſtſtudium derer, die es intereſſirt, empfehlen, wollen wir nur noch das Schlußreſultat dieſes Capitels anführen, als welches die wichtige Thatſache hingeſtellt wird, daß das Beſtehen einer von den poſitiven Satzungen der Staaten unabhängigen höheren Ordnung der Dinge, einer Geſetzgebung der unſichtbaren Welt, die ſich in Beurtheilung der menſchlichen

Digitized by Google

Beziehungen Anerkennung erzwingt, mit Einem Wort das Bestehen eines Naturrechts den Trägern der classischen Jurisprudenz im vollkommen ausgeprägten Bewußtseyn gelebt habe. Für die Behandlung, welche dem positiven Recht unter den Händen der Classiker zu Theil ward, ist dieser Glaube an höhere Nothwendigkeit mit nichten fruchtlos geblieben, wie auf der anderen Seite der praktische Takt dieser Juristen, und ihre von den Vätern ererbte Achtung für das Bestehende, das Ueberschweifen in den transcendentalen Idealismus zur Unmöglichkeit machte. „Sie gleichen, sagt der Verfasser, nicht der Mehrzahl der griechischen Philosophen, die, auf der Wanderung durch unbekannte Gefilde neue Schätze der Weisheit sammelnd, solche gleich der Pythia in unverständlichen Orakelsprüchen dem Volke verkünden, sondern sie gleichen dem Künstler, der die Gesetze des Schönen durch freies Studium der Natur erkennt, und in verständlicher Form wiedergibt und verwirklicht."

Aehnlich nun, wie das jus naturale der Classiker zur lex naturae Cicero's, verhält sich die ***aequitas*** im Sinne der classischen Jurisprudenz, deren Betrachtung wiederum ein besonderes Capitel ausfüllt, zum aequum et bonum der vorigen Periode, — „ein Element, welches, ein ächtes Glied des Volksgeistes, mit lebensfrischem Hauche das jus durchdrang, und mit einem freieren, jener alten Neuzeit entsprechenden Geiste der Rechtsbildung befruchtete, und versöhnend den Zwiespalt zwischen dem Rechtsbewußtseyn der Nation und dessen eigener Schöpfung vermittelte." Des Näheren glaubt der Verfasser für die Offenbarung dieser aequitas fünf bestimmt ausgeprägte Hauptrichtungen unterscheiden zu müssen (§. 66) und zwar: 1) die Berücksichtigung der Ehe und Blutsverwandtschaft, 2) Aufrechthaltung der auf Treu und Glauben übernommenen Verpflichtungen, 3) billige Vertheilung von Vortheil und Nachtheil, 4) Vorwalten des wirklichen Willens über die Form bei Rechtsgeschäften, 5) Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des concreten Falles. Ob diese Aufzählung erschöpfend sey, oder ob sich nicht sonst noch eine oder die andere Beziehung auffinden ließe, bleibe dahingestellt. Jedes dieser Principien nun kann im Rechte vollständig verwirklicht, oder theilweis vertreten, oder geradezu durch Herrschaft des entgegengesetzten Grundsatzes ausgeschlossen seyn. Das zweite dieser Verhältnisse ist im classischen Recht das durch-

Digitized by Google

ſtehende, wie das der Verfaſſer umſtändlich ausführt, und mit zahlreichen, namentlich auch die Terminologie feſtſtellenden Belegen (§. 68) darthut. Bezüglich des Verhältniſſes der aequitas zum jus naturale ſucht der Verfaſſer wiederum einen Zwieſpalt der Meinungen nachzuweiſen: die erſte, welche beide Begriffe als weſentlich identiſch faßt, ſoll von Paulus, Gaius und Ulpian, die zweite von Marcian und Tryphonin vertreten ſeyn. Eine ſehr große Anzahl von Quellenausſprüchen ſind zuſammengeſucht und nach den 5 obigen Kategorien zunächſt als Belege für die Identität von jus naturale und aequitas abgedruckt, deren Beweiskraft des Näheren zu prüfen jedem Leſer anheimgeſtellt bleiben muß. Unſeres Erachtens ſind dieſe Stellen mehr geeignet von einem unklaren Schwanken des Sprachgebrauchs, als von einer bewußten Identificirung beider Begriffe Zeugniß abzulegen. Dagegen ſind die Bemerkungen, die der Verfaſſer (§. 75) über die Bedeutung dieſer Vorſtellung von aequitas für die Rechtsproduction ausführt, wenn auch nicht durch Neuheit überraſchend, doch vollkommen zutreffend und der neuen Geſichtspunkte manche bietend. Was namentlich den Gegenſatz von strictum und aequum jus anbetrifft, ſo ſpricht, allerdings etwas im Widerſpruch mit ſeinen Prämiſſen, der Verfaſſer die ſcharfe Unterſcheidung der Gränzen beider Begriffe der römiſchen Jurisprudenz ab, und ſtellt überhaupt als Reſultat der ganzen Betrachtung das Verhältniß ſo hin, daß im claſſiſchen Recht die Sphäre der „wiſſenſchaftlichen aequitas" zum Umfange der „vulgären aequitas" ſich erweitert habe, indem die Wiſſenſchaft die Geſammtheit der Poſtulate volksthümlicher Rechtsanſchauung aufgenommen und ſich ſelbſt zur wahren Repräſentantin des rechtlichen Bewußtſeyns der Nation erhoben habe. Dieß Reſultat iſt zwar kein überraſchendes — aber das wahre Verhältniß iſt mit dieſer Formulirung treffend angegeben.

Den Schluß dieſer zweiten Periode bildet die Betrachtung des jus gentium in der Auffaſſung der Claſſiker. Die bekannte Stelle des Gaius legt dieſem Begriff ein dreifaches Kriterium bei: jus quod ***naturalis ratio*** inter omnes homines constituit; jus quod apud ***omnes homines*** peraeque custoditur — jus commune omnium hominum. Im erſten Merkmal will der Verfaſſer den oben dem Cicero zugeſchriebenen Begriff eines Rechtes wiedererkennen, „dem auf römiſchem Forum eine gleichmäßige Herrſchaft über alle Freien

Digitized by Google

beigelegt ist," und zwar, wie das zweite Merkmal betont, ohne Rücksicht darauf, ob sie einem bestimmten Staate, in dessen Gesetzgebung diese Rechtsnorm anerkannt wurde, angehören, oder nicht. Das dritte Merkmal umfaßt den alten historischen, auf rein empirischer Grundlage beruhenden Begriff des jus gentium und ist, wie der Verfasser später (p. 443 ff.) ausführt, das einzige von der Jurisprudenz allgemein anerkannte und wahrhaft wesentliche Merkmal des ganzen Begriffes. Diese Merkmale führen nun dem jus civile gegenüber zu einer dreifältigen Eintheilung des Rechts: die erste nach den Subjecten (jus ***commune*** omnium hominum — ***proprium*** civium Romanorum); die zweite nach der Gültigkeit bei den verschiedenen Völkern (jus quo ***omnes*** gentes utuntur — quo ***solus*** populus Romanus utitur) — die dritte nach der rechtsconstituirenden Macht (jus quod naturalis ratio — quod populus Romanus constituit). Gut zeigt dann der Verfasser die bei Gaius und den meisten andern Juristen (Marcian allein ist ausgenommen) durch diese Identificirung von jus naturale und jus gentium, insbesondere durch Aufgeben des empirischen Charakters bei letzterm entstandene „traurige Begriffsverwirrung" welche, auf das gröblichste die Gesetze des formellen wie des materiellen Denkens verletzend, auf dem Gebiete der Inconsequenz oder der Willkür ohne höheres Princip umherirre." Die Verwirrung wäre in der That traurig, wenn von ihr ein Einfluß auf die praktische Rechtsanschauung und Rechtsbildung der Römer nachzuweisen wäre: da dieß aber nicht der Fall, so berechtigt sie den Philosophen, der die alten Meister auf harmlosen Abschweifungen ins speculative Gebiet betrifft, höchstens ihnen: ne sutor ultra crepidam! zuzurufen.

Wenn der Verfasser sich dieses Armuthszeugnisses ungeachtet bemüht, wenigstens einigen unter den Classikern noch die speculative Ehre zu retten und die ewigen Leistungen der römischen Wissenschaft als das Resultat einer glücklichen Combination von Speculation und Empirismus hinzustellen, so glauben wir dagegen, daß derjenige, der die römischen Juristen sammt und sonders für unspeculative Köpfe erklärt, nicht bloß der Wahrheit näher kommt, sondern auch besser für ihren Ruhm sorgt. Solange die Welt des Geistes ihren Gesetzen folgt, ist zwischen Speculation und schaffendem Genius keine Ehe. Die Speculation schafft nicht, und

Digitized by Google

der Genius speculirt nicht. Den römischen Juristen ward der Genius zu Theil. Die Welt des Rechtes lebte in ihrem Hirn, ihre Geister waren Bürger der Rechtswelt. Sie dachten und fühlten es nicht — aber sie wußten und sahen was Recht ist. Für das Urbild des Rechts, wie es ihren innern Sinnen stets gegenwärtig war, brauchten sie ein Wort, einen Namen: und sie gaben ihm den, der geeignet war, das was sie meinten, denen zu welchen sie sprachen, zu verdolmetschen: ratio naturalis, jus gentium, aequum et bonum, aequitas, ohne über die Wahl dieser Namen und welcher im einzelnen Falle der geeignetste sey, viel und lange nachzudenken. Womit freilich nicht gesagt ist, daß nicht für gewisse Beziehungen die eine, für andere Rechtswahrheiten die andere dieser Kategorien sich als die vorzugsweise, ja ausschließlich passende sich aufgedrängt hätte. So, wenn auf der einen Seite der gesunde Sinn der Römer sich dagegen sträubt, die Sklaverei dem jus naturale zu vindiciren, würde es auf der andern Seite einem Juristen nicht leicht eingefallen seyn, beim Eigenthumserwerb durch Accession von jus gentium oder aequum et bonum zu sprechen, so wenig wie bei Erörterung der bonae fidei contractus von naturalis ratio, während in andern Beziehungen z. B. bei der naturalis obligatio alle diese Kategorien promiscue gebraucht werden.

Wir schließen hiemit diese Besprechung. Dem Verfasser in die dritte Periode zu folgen, wo untersucht wird was sich die byzantinischen Gesetzgeber unter jus gentium, aequitas etc. gedacht haben, überlassen wir denjenigen deren Verehrung für diese Zeit so weit geht daß sie sich aus deren Producten Aufschlüsse über jene Probleme versprechen, die selbst bei den Classikern vergeblich gesucht werden. Diesen können wir versichern, daß sich die Ausbeute der Mühe schwerlich verlohnt, und daß die Ausdauer und Liebe des Verfassers für seinen Gegenstand, da sie ihn zu einer so vollständigen Erschöpfung desselben getrieben hat, um so mehr Bewunderung in Anspruch nimmt. Die über einzelne Detailfragen zum Theil sehr lesenswerthe Excurse enthaltenden Beilagen empfehlen wir, wie das ganze Werk, dem sorgfältigen Studium.

Krakau, im Juli 1857.

Esmarch.

Digitized by Google

II.

Zur Charakteristik der deutschen Literatur der neuen österreichischen Strafproceß-Ordnung.

So wenig es neue Bauformen und Baustyle ohne wohl hergebrachte Traditionen gibt, ebensowenig ersteht eine neue Strafproceßform und deren literarische Ausbildung, ohne Verwerthung guter Traditionen, welche durch die zeitherige Wechselwirkung von Gesetzgebung, Doctrin und Praxis erzeugt worden sind. Und ist ein neues Gesetzbuch bloß Revision und Fortbildung eines früher bestandenen Rechts, so betritt dessen neu anhebende Literatur um so gewisser und umfassender des Alten, nicht Veralteten breit getretene Spuren, erstarkt durch den aus der früheren Rechtsübung zurückgebliebenen Niederschlag von juristischer Bildung. In dieser günstigen Lage befindet sich die Literatur der neuen österreichischen St.-P.-O. vom 29 Julius 1853 zum Theil. Die älteren Werke von Jenull, Kitka u. e. a. über das bis zum Jahr 1850 in Wirksamkeit gewesene Criminalverfahren vom Jahr 1803, dann der von Würth verfaßte Commentar der provisorischen St.-P.-O. vom Jahr 1850, bieten noch vielfach brauchbares Material, an welches sich die Schriften über die gegenwärtige St.-P.-O., namentlich v. Hye, Rulf, Frühwald, Baußnern, Peitler, Lienbacher, Hingler u. e. w. schon darum anschließen konnten, weil das nun geltende Strafproceßgesetz ein Vermittlungsversuch, die Frucht einer Fusion zwischen den Bestimmungen der Strafproceßgesetze von 1803 und 1850 ist. — Aus diesen Prämissen ergibt sich mit Leichtigkeit der Schluß auf die von den Bearbeitern der neuen Str.-P.-O. zunächst benützten Quellen und auf den Bil-

Digitized by Google

dungsstand des juristischen Publicums, für welches zunächst die literarische Arbeit zu beschaffen war. Die älteren Juristen haben zur Zeit des ausschließlich schriftlichen geheimen inquisitorischen Criminalverfahrens vom Jahr 1803 ihre Schule gemacht, viele derselben wurden durch die neuen Einrichtungen des prov. Str.-P. vom Jahr 1850, gebaut auf eine neue Gerichtsverfassung, Oeffentlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, Staatsanwaltschaft, formelle Vertheidigung, Geschworenenurtheil, Cassationshof, mächtig in den geistigen Kampf der großen Strafproceßfragen der Gegenwart eingeführt, und auch die jüngere Juristengeneration hat sich unter der Einwirkung der öffentlichen Strafrechtspflege, der sich eine rüstige juridische Journalistik zur Seite stellte, über das Verhältniß der Formen und Grundsätze des alten und neuen Strafprocesses ein achtenswerthes Urtheil gebildet. Es läßt sich nicht zuverlässig bestimmen, ob die Mehrheit der strafprocessualischen Glaubensbekenntnisse unserer Strafrechtspractiker der prov. Str.-P.-O. oder dem gegenwärtig bestehenden Strafverfahren zufalle. Die neuesten Erscheinungen unserer Literatur sprechen für die Fortdauer der Liebe und Anhänglichkeit, welche sich in kurzer Zeit die prov. St.-P.-O. wie im Sturme erobert hat. Auch erfahrene Practiker geben derselben in den meisten Stücken den Vorzug, wenn sie an derselben auch Einzelnes als besserungsbedürftig anerkennen, und das Geschworenengericht im Hinblick auf die große Verschiedenartigkeit der Culturstufen in den Gesellschaftsgruppen einiger Kronländer im Gesammtstaate für unangemessen halten. Immerhin bleibt es beachtenswerth, daß die bisher laut gewordenen Stimmen der inländischen Kritik der neuen Str.-P.-O. von 1853 minder günstig sind als die der Kritik des Auslandes, abgesehen von dem in Warnkönigs juristischer Encyclopädie abgedruckten Berichte über dieses Gesetzeswerk, welcher einem an Fachgelehrte des Auslandes eingesandten lithographirten Rundschreiben entnommen wurde.

Wenn man die Genesis der österreichischen Str.-P.-O. und der auf der gesetzlichen Basis entstandenen Literatur betrachtet, so erwartet man von den neuen Schriften über dieses Gesetz, sofern sie auf wissenschaftlichen Werth Anspruch machen, entweder gründliche dogmatisch-exegetische, oder kritisch-vergleichende, oder geschichtliche und philosophische Studien. Das gegenwärtige Literaturbild der neuen Str.-P.-O. zeigt in jeder dieser Beziehungen

Digitized by Google

noch namhafte Lücken. An einer sachdienlichen kritisch eingehenden Vergleichung dieses Strafproceßgesetzes mit den neuesten Gesetzgebungsarbeiten des Auslandes gebricht es völlig. Nur Würth hatte eine solche Arbeit vordem hinsichtlich der prov. Str.-P.-O. vom Jahr 1850 zum Nutzen der einheimischen Literatur verdienstlich unternommen. Eine aus österreichischen Quellen geschöpfte Darstellung des Entwicklungsganges des einheimischen Strafproceßrechts ist noch ein frommer Wunsch; skizzenhafte Uebersichten der bekannten Wendepunkte und Rechtsquellen theilten jedoch nicht nur die besseren neuen Erläuterungen, sondern auch die „Allgemeine österr. Gerichtszeitung" mit. Einen wahrhaft gediegenen dogmatisch-exegetischen Commentar, dem wohl leere Paraphrasen, aber nicht die tiefsten Fragen der Wissenschaft und Casuistik, der Theorie und practischen Jurisprudenz der Gerichtshöfe Fremdlinge sind, der geeignet wäre Schule und Gerichtssaal zu meistern, und für die herrschende Betrachtungsweise der neuen Gesetzgebung die maßgebende Bedeutung eines Culturelementes zu beanspruchen, — erwarten wir noch. Das Namhafteste was wir an größeren Erörterungen über die neue Str.-P.-O. in der deutsch-österreichischen Rechtsliteratur besitzen, ist die in ihrer Art ausgezeichnete wenn auch apologetische Beleuchtung der „leitenden Grundsätze der österr. Str.-P.-O. vom 29 Julius 1853" von Ministerialrath v. Hye (1854), der „Commentar zur Str.-P.-O." von Professor Rulf zu Preßburg (1857), „Anklagegrundsatz und Anklageform in ihrem Einflusse auf die Dauer und Kosten des österr. Strafprocesses" vom Staatsanwalt Lienbacher zu Ofen, und einige Abhandlungen der „österr. Gerichtszeitung" von Würth, Mages, Glaser, Hingler, Haßlwanter u. e. a. *)

Betrachten wir zunächst Hye's Erläuterung. Dieses Werk wurde von Rulf, seinem Recensenten in Haimerl's „Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft" zwar im allgemeinen hoch gepriesen,

*) Die italische Literatur der neuen Str.-P.-O. verdient eine besondere Würdigung. Es leben in ihr wieder Traditionen des vordem (1807—1815. 16) wirksam gewesenen Codice di procedura penale auf, und die lebhafte Betheiligung des Journalismus an den Gerichtsverhandlungen bekundet ein feinfühliges Verständniß der neuen Strafproceßfragen. Die bisher in magyarischer und slavischer Sprache erschienenen literarischen Hülfsmittel sind fast nur zu registriren, obgleich in Ungarn durch den Reichstag von 1843 bereits der Wissenschaft und Gesetzgebung des Strafverfahrens ein würdiges Feld eröffnet worden ist.

Digitized by Google

aber fast in jeder Ansicht über besonders relevante Streitpunkte zu berichtigen gesucht. Dieselbe polemische Stellung nahm dessen Commentar dieser Arbeit gegenüber ein, ohne daß eine Widerlegung der beachtenswerthen Einwendungen vorgebracht worden ist.

Es mußte befremden daß Hye, vormals ein ausgezeichneter Strafrechtslehrer an der Hochschule, die Erörterung über die Principienfragen des modernen Strafprocesses müde und unwillig als res judicata ablehnte, angeblich weil derlei Erörterungen heutzutage wohl nur mehr für Schüler passen, und von jedem Leser eines ähnlichen Werks zum Ueberdruß in Kauf genommen werden müßten. Bei aller Verdienstlichkeit der erwähnten Schrift würde es unrichtig seyn, wenn man die darin verfochtenen Ansichten durchgängig als succus et sanguis der theoretischen und praktischen Jurisprudenz in Oesterreich ansehen wollte. Weit eher könnte dieß von den in Rulf's Commentar zusammengefaßten grundsätzlichen Ueberzeugungen behauptet werden. Jener schließt sich theilweise mehr den Traditionen Jenull's und seiner Schüler, dieser mehr den durch Würth in Oesterreich eingebürgerten Rechtsansichten über das Strafverfahren an. Es dürfte daher eine vergleichende Besprechung beider Werke vor allem zur Orientirung über den gegenwärtigen Stand der Ansichten über den Strafproceß in Oesterreich dienen. In diese wollen wir die bedeutsameren Ansichten anderer Schriftsteller des Inlandes an geeigneter Stelle einflechten, um wenigstens ein Gesammtbild der neuen deutschen österreichischen Strafproceßliteratur in Umrissen aufzurollen.

Der erste Blick auf ein System des Strafverfahrens trifft dessen Princip, welches das Ganze beherrscht. Schon der denkwürdige Vortrag des ehemaligen Justizministers Dr. Ritter v. Schmerling, womit der Entwurf der prov. Str.-Pr.-O. zur allerhöchsten Genehmigung am 18 Dec. 1849 vorgelegt worden ist, erklärte: Kein Theil des gerichtlichen Verfahrens bedarf so dringend einer durchgreifenden Reform als das Strafverfahren. Zu den Gebrechen desselben, welche bereits seit einer Reihe von Jahren allgemein anerkannt wurden und das Bedürfniß einer „neuen Legislation" lebhaft fühlen ließen, wurde nicht nur der gänzliche Mangel der Oeffentlichkeit, einer formellen Vertheidigung, einer richtigen Vertheilung der Proceßfunctionen an verschiedene Organe, das Uebel ausschließlicher Schriftlichkeit des Verfahrens, sondern

Digitized by Google

vor allem die Entartung des bisherigen Inquisitionsprocesses gezählt. „Das Untersuchungsprincip, auf welchem derselbe bisher beruhte, an sich zwar ein nothwendiger Ausfluß der richtig erkannten Aufgabe des Staates, begangene Verbrechen zu erforschen und die Thäter zu verfolgen, wurde mit Unrecht auf die Spitze getrieben und auf Kosten der persönlichen Freiheit der Staatsbürger in einer nicht zu rechtfertigenden Ausdehnung und Strenge geltend gemacht."

Diesem officiellen Bekenntnisse gegenüber erklärte Hye: Das große Wort: Oesterreichs Stolz sind seine Justizgesetze! sey auch ein Ausdruck tiefinnerster wissenschaftlicher Ueberzeugung, welche wohl einzelnes als mangelhaft und besserungsbedürftig, das große Ganze aber als ein Gesetzsystem erkennen läßt, das in den Grundsätzen der vernünftigen und eben darum ewigen, durch Gottes weise Schöpfung in unser Aller Bewußtseyn und Herzen gelegten Gerechtigkeit wurzelt. Er behauptet zwar nicht, daß das Criminalverfahren von 1803 in der lex cordi hominum inscripta wurzle, und gibt zu daß dieses am meisten als mangelhaft erkannt war, aber er behauptet nicht das Bedürfniß einer neuen Legislation im großen Ganzen, nur einer Verbesserung in Einzelnheiten.

Rulf spricht sich im Sinne des erwähnten Ministerialvortrags, beziehungsweise Würth's über die Gebrechen des Strafverfahrens vom Jahr 1803 aus, die auch dem wärmsten Vertheidiger des Bestehenden nicht entgehen konnten und bereits lange vor dem Jahr 1848 ein tief gefühltes Bedürfniß nach einer durchgreifenden Reform hervorriefen. Diesen Gebrechen habe die prov. Str.-P.-O. von 1850 abgeholfen. So trefflich auch diese im allgemeinen war, so entsprach sie den gegebenen österreichischen Verhältnissen nicht. Es mußte somit eine neue passendere Str.-P.-O. an ihre Stelle treten. Diese mußte sich dem früher in Oesterreich bestandenen Strafverfahren so viel als möglich anschließen, sie durfte nur eine Verbesserung der wichtigsten Gebrechen, keineswegs eine totale Umgestaltung desselben herbeiführen. Dem entspreche — so wird wenigstens in der Einleitung versichert — die gegenwärtige Str.-P.-O. vollkommen. Diese knüpft wieder an das Verfahren von 1803 an, beseitigt nur die schreiendsten Gebrechen desselben, und bietet daher

Digitized by Google

viel mehr Vergleichungspunkte mit diesem als mit dem Strafverfahren von 1850 dar.

Die mitgetheilten Ansichten fassen die Frage über die Zugrundlegung des inquisitorischen Princips vom zunächst liegenden Rechtsstandpunkte aus. Lienbacher hebt dagegen den Zweckmäßigkeitspunkt hervor und vertheidigt die Durchführung des Anklagegrundsatzes. Von einem höheren wissenschaftlichen Gesichtspunkte über die philosophische und weltgeschichtliche Bedeutung des Gegensatzes von inquisitorischem und accusatorischem Principe, wie derselbe von Stein, Köstlin, Geib, jetzt auch von Mittermaier, Walther, Biener, Marquardsen und andern ausgedeutet worden ist, findet sich bei den erwähnten Schriftstellern wenig oder gar nichts vor. — Kurz und gut faßt Rulf die von Köstlin gegebenen Bestimmungen über das Wesen des modernen Untersuchungsverfahrens übersichlich zusammen. Lienbacher bestreitet die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der allzu ausschließlichen Anwendung des Officialverfahrens. Zeit, Mühe und Geld würde erspart, wenn man etwa im englischen Sinne das Privatanklagesystem umfangreicher wieder aufleben ließe. Seine Vorschläge sind klar und vom Takte des Praktikers geleitet.

Die geschichtliche Seite dieser Frage wird kärglich, aber doch eingehender als vor der Einführung der Rechtsgeschichte in unsere neue Universitätsstudienordnung behandelt. Hye gieng hiebei in der Mittheilung rechtshistorischer Notizen voran. Das von ihm aus dieser gezogene Schlußgebilde hinsichtlich des geschichtlichen Charakters des in der neuen Str.-P.-O. durchgeführten Processes können wir jedoch keineswegs gänzlich ohne Widerspruch hinnehmen. Er sagt: Wenn Oesterreichs Gesetzgebung mit der dermaligen Str.-P.-O. im ganzen Reiche die accusatorische Procedurform wenigstens für die Schlußverhandlung festsetzt und die Oeffentlichkeit damit verbindet sowie das Institut der Staatsanwaltschaft befestigt, und der Vertheidigung des Angeklagten die freieste Entfaltung gewährt; so kehrt sie in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts nur zu denjenigen Grundlagen des Strafverfahrens zurück, welche bis zum achtzehnten Jahrhunderte fast in allen Ländern unseres schönen Kaiserreiches Geltung hatten. — Dieser mit schöner Zuversicht und freudig erhobenem vaterländischen Gefühl gegebenen Behauptung fehlt nichts als die volle Wahrheit. — Daß unmittelbar

Digitized by Google

vor dem achtzehnten Jahrhunderte weder im gemeinrechtlichen noch in irgend einem particularrechtlichen deutschen peinlichen Processe von einer Staatsanwaltschaft im modernen Sinne oder von einer formellen Vertheidigung, wie sie gegenwärtig nach Versetzung in den Anklagestand und bei der Hauptverhandlung statthaft ist, irgend etwas Analoges vorkommt, bedarf keines weiteren Beweises. Was unsere particularrechtlichen Quellen aufzeigen, läßt sich in wenigen Worten zusammenfassen. — Die altösterreichische accusatorische Procedursform unterschied sich im wesentlichen von dem gemeinrechtlichen Anklagestrafprocesse auch in dem siebenzehnten Jahrhundert nicht. Die particularrechtlichen Vorschriften über Anbringung der Anklage, Inhalt des Libells, Sicherheitsleistung, Ladung, Einreden, Aufsetzung eigener Fragstücke u. s. w. stimmen mit dem Reichsrechte überein. Die Beweis- und Gegenbeweisführung erfolgt schriftlich analog wie im Civilprocesse, ohne jedoch die Nachforschung und Ergänzung von Amtswegen auszuschließen. Nach Eröffnung der Gezeugnisse findet eben nur ein mit der gegenwärtigen Schlußverhandlung nicht vergleichbares Verfahren zur Ueberreichung der Probations- und Impugnationsschriften statt. Zur Ausführung der Exception — Defensionsschrift — ist ein Vertheidiger zulässig. Nur im ordentlichen Anklage- und Purgationsprocesse, oder wenn der Gefangene zum Unschuldsbeweis zugelassen wurde, ist die Beigebung eines Advocaten gestattet. Die Ferdinandea vom Jahr 1656 folgt durchgängig dem inquisitorischen Zuge der Gerichtspraxis nach dem Official- und Denunciationsverfahren, da „gemeiniglich der Unkosten, Gefahr und anderer Beschwernussen halber nicht leichtlich jemand klagen will und aber derentwegen die Laster nicht ungestraft bleiben sollen." Aber weder die Ferdinandea, noch die Josephina von 1707, noch die Theresiana von 1768 beseitigen den Anklageproceß „wie er herkommen ist" gänzlich. Die Josephina will diese durch Privilegien verbürgte Procesform nur von der „fast allezeit unterlaufenen Weitläufigkeit" säubern. Was sie für bessere Regelung des „dem allgemeinen Wesen sehr nutzbaren" Inquisitionsprocesses „ohne sonderbahren Rechtszierlichkeiten und durch den Richter selbsten" vorschreibt, findet auch Anwendung im processu accusatorio, da sich Accusation und Inquisition weder particular- noch gemeinrechtlich ausschlossen. Steht der ordentliche Ankläger von der Klage ab, so kann dem Fiscus oder einer hiezu

von dem Gerichte bestellten Person die Fortsetzung derselben auferlegt werden. Dabei darf das Gericht nach Ermessen „die Hände einschlagen." Seit der Josephina, welche auch die Dreitheilung der Inquisition in generalis, summaria, specialis nach Brunnemann und andern Autoritäten der „allgemeinen Schullehre" aufnimmt, wurzelt das unselige Dogma des entarteten Inquisitionsprocesses „der Facilitirung halber" in der österreichischen Codification bis zum Jahre 1850, daß der Richter in demselben zugleich die Stelle des Klägers und Vertheidigers vertritt! — Auch die Theresiana, seit welcher ein ausschließlich österreichisches Criminalproceßgesetz datirte, freilich anfangs nur räumlich und formell vom gemeinen Rechte isolirt, anerkennt noch den Anklageproceß in Folge bestehender Privilegien oder auf Anordnung der hierzu berechtigten Gerichtsstelle. Nur das alte Privatanklagesystem in peinlichen Sachen wird gesetzlich gänzlich abgethan. Dem richterlichen Ermessen wurde die Beigebung eines eigenen Vertheidigers anheimgestellt. Die Verweigerung eines solchen mußte actenmäßig motivirt werden. Seit der Josephinischen Criminalgerichtsordnung von 1788 trug das Verbot der Beigebung eines Vertheidigers wesentlich auch dazu bei, daß der Inquisit den ausgedehnten Befugnissen des Inquirenten gegenüber zu wenig Schutz gegen einen Mißbrauch der dem letzteren eingeräumten Gewalt hatte. Selbst die Theresiana erklärte noch vor Abschaffung des Torturfystems (1776), daß alles, was die natürlichen Rechte der Vertheidigung erheischt, sogar im Geschwindrecht oder standrechtlichen Verfahren beobachtet werden müsse. Erst nach mehr als sechzig Jahren stellte die prov. Str.-P.-O. von 1850 die natürlichen Rechte der formellen Vertheidigung wieder her. So viel erhellt schon aus dieser Skizze, daß zu den Grundlagen des altösterreichischen ordentlichen Criminalverfahrens vor dem achtzehnten Jahrhunderte, namentlich im siebenzehnten Jahrhunderte weder ein der Staatsanwaltschaft als Vorläufer dienendes Institut, noch Oeffentlichkeit und Unmittelbarkeit einer förmlichen Schlußverhandlung unter Mitwirkung des Anklägers und Vertheidigers, noch ein der modernen Anklageform analoger Klagproceß gehört haben. Von einer Erneuerung oder organischen Fortbildung der alten Grundlagen des einheimischen ordentlichen Strafverfahrens vor dem achtzehnten Jahrhunderte durch die gegenwärtige Str.-P.-O. kann demnach keine Rede seyn; denn was dieselbe nicht dem Cri-

Digitized by Google

minalverfahren vom Jahr 1803 entlehnt hat, gehört größtentheils der Str.-P.-O. von 1850 an, welche mit den alten geschichtlichen Grundlagen völlig gebrochen und als neue Legislation größtentheils aus den Quellen des französisch-rheinischen und vornehmlich des thüringischen Strafprocesses geschöpft hat. — Allerdings beherrschte die gegenwärtige Str.-P.-O. der Gedanke der Umkehr zu dem früher bestandenen und für Gesammtösterreich passender scheinenden Recht vom Jahr 1803, aber an eine Umkehr zu dem vaterländischen Verfahren vor dem achtzehnten Jahrhunderte zu denken, fiel selbst keinem juridischen Romantiker ein. Vielmehr handelte es sich einzig und allein um eine nach Maßgabe der gegebenen österreichischen Verhältnisse im Sinne der Gesetzeseinheit und der allerhöchst anbefohlenen Grundsätze für die organischen Einrichtungen in den Kronländern des Kaiserstaats vom 31 Dec. 1851 ausgeführte Regelung eines Strafverfahrens, welches sowohl an das Criminalverfahren von 1803 als auch an die Str.-P.-O. von 1850 anknüpft.

Unter der Anklageform versteht H. im Gegensatze zum Anklageprincip nichts anderes als die Theilung der dreierlei verschiedenen Functionen der Anklage, der Vertheidigung und des Rechtsprechens unter drei verschiedene Personen. In diesem Sinne wurde die geschehene Festsetzung des Anklageverfahrens aufgefaßt und angeblich in der gegenwärtigen Str.-P.-O. sorgfältig gewürdigt und wirklich durchgeführt. H. hatte also darzuthun, daß diese Rollenvertheilung einmal das Wesen der accusatorischen Procedursform ausmache und nicht schon im Wesen einer jeden wohlgeordneten, also auch der inquisitorischen Procedursform gelegen sey; ferner daß die Vereinigung der widersprechenden Functionen des Anklägers und Richters in Einer Person durchgängig ausgeschlossen, der Ankläger wirklich zum Herrn der Anklage in diesem Sinne gemacht worden ist, soweit sich dieses Attribut der öffentlichen Anklageschaft mit dem herrschenden Untersuchungsprincipe verträgt. — Wir vermissen diesen Nachweis. H. behauptet zwar, daß alle Vortheile welche ein förmliches accusatorisches Verfahren mit sich bringt, in die Bestimmungen über die mündliche Schlußverhandlung aufgenommen worden seyen; daß der Staatsanwaltschaft allenthalben der Charakter des anregenden und impulsgebenden Principes, daß selbst die bei Uebertretungen stattfindende Strafverhandlung (ohne

Digitized by Google

Mitwirkung der Staatsanwaltschaft) beinahe durchgängig nach den Formen des Anklageverfahrens durchgeführt sey.

Rulf und Lienbacher stellten dieser Behauptung bereits entgegen, daß die Anklageform in unserer Str.-P.-O. *nicht* zu ihrem vollen Rechte gelangt ist, daß *Ankläger* im eigentlichen Sinne *das Gericht* ist, der Staatsanwalt in der Regel nur das auszuführen hat wozu er den Anstoß vom Gerichte erhalten hat, und daß von einer accusatorischen Procedursform ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft oder eines Privatklägers im Verfahren über Uebertretungen weder beinahe noch durchgängig die Rede seyn könne*).

Auf welcher Seite die Wahrheit stehe, kann nicht zweifelhaft seyn. Schon der klare Wortlaut der die amtlichen Attribute der Staatsanwaltschaft bezeichnenden Gesetzstellen spricht gegen Hye's Auffassung. Seit der Wirksamkeit der neuen Str.-P.-O. sind

*) Aus Furcht vor dem Gespenst „Omnipotenz der Staatsanwaltschaft" wurden wesentliche Attribute derselben in erheblichsten Beziehungen auf Null herabgedrückt. Nach unserer Str.-P.-O. wirkt die Staatsanwaltschaft nur an Gerichtshöfen, und auch da nur in der ersten Instanz mit. Sie ist streng genommen nicht selbständige Verfolgungsbehörde, es fehlt ihr das ausschließliche Recht der Initiative. Der Staatsanwalt hat kein Prüfungsrecht über die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit einer eingelaufenen Anzeige. Auch die von ihm als unerheblich angesehene Anzeige muß er an das Untersuchungsgericht leiten und von jedem ihm bekannt gewordenen Verbrechen oder Vergehen hat er sogleich das Untersuchungsgericht in Kenntniß zu setzen, und darüber das Untersuchungsverfahren zu veranlassen. Aber weder die Einleitung der Untersuchung hängt von dem Staatsanwalte ab, noch muß von ihm die Anklage nothwendig ausgehen. Bei der Schöpfung des Anklagebeschlusses ist das Gericht an die staatsanwaltschaftlichen Anträge in keiner Weise gebunden, dafür der Staatsanwalt verpflichtet, die Anklageschrift nach dem Beschlusse des Gerichts zu verfassen, er mag diesen für begründet oder unbegründet halten. Und dieselben Richter, welche den Anklagebeschluß gefaßt haben, können über die von ihnen ausgehende Anklage entscheiden. Bei Veränderung der Anklagethatsachen in der Schlußverhandlung hat der Staatsanwalt, wenn es das Gericht nöthig erkennt, seine Vorträge auf die neue Gestaltung der strafbaren Handlung auszudehnen. Auch ohne einen neuen Anklagebeschluß kann in gewissen Fällen eine neuerliche Schlußverhandlung angeordnet werden, und wenn bei der Schlußverhandlung die rechtliche Beschuldigung einer anderen demselben Gerichtsstande unterliegenden strafbaren Handlung neu hervorkommt, die gleich schwer oder minder strafbar ist als diejenige worauf der Anklagebeschluß lautet, so hat die Schlußverhandlung über den Rahmen dieses Anklagebeschlusses hinauszugehen, und, ohne Rücksicht auf das dadurch leicht gefährdete Vertheidigungsrecht, auch auf diese strafbare Handlung sich auszudehnen.

Digitized by Google

Fälle vorgekommen, wo der Gerichtshof gegen den Antrag des Staatsanwalts die Specialuntersuchung eingeleitet, den Anklagebeschluß gefaßt und verurtheilt hat. Ob durch eine solche Vermengung der Functionen des Anklagens und Richtens die Vortheile der accusatorischen Procedursform gewissenhaft gewürdigt und sorgfältig gesichert werden, ob endlich die einseitige Auffassung der Staatsanwaltschaft als eines durch das Ermessen und durch den Beschluß des Gerichts in der Regel gelenkten und bestimmten Klagsorgans der erhabenen Stellung derselben würdig entspreche, insbesondere ob die Besorgnisse über die der Staatsanwaltschaft angeblich bedenklich eingeräumte Macht haltbar seyen, — hierüber hat namentlich Staatsanwalt Lienbacher ein sachkundiges kräftiges Wort gesprochen. —*) Es wiederholt sich demnach in unserer Literatur derselbe Widerstreit der Ansichten über die Stellung und Aufgabe der Staatsanwaltschaft; dasselbe Mißtrauen, dieselbe Verkennung des Hauptberufs, dasselbe Ankämpfen gegen die französische Auffassung einerseits und wieder dieselbe klare und unumwundene Opposition gegen jede organisirte Verkümmerung dieses Instituts anderseits, wie z. B. in der preußischen, sächsisch-thüringischen Literatur. Wir zweifeln nicht daß eine der Staatsanwaltschaft eingeräumte Initiative der Strafverfolgung, mit der Beschränkung auf den Doppelberuf als relativ vollständiger Verfolgs- und Anklagebehörde neben allen Gerichten, derselben wieder größere Würde und moralische Achtung beim Volke und Richterstande verschaffen würde.

Was das Verhältniß der schriftlichen Untersuchung zur mündlichen Schlußverhandlung betrifft, theilen sich die Ansichten in drei Richtungen.

H. versichert, daß statt des im voraus versprochenen, accusatorischen bloßen Schlußverfahrens, welches nur eine Recapitulation des im (inquisitorischen) Untersuchungsverfahren Vorge-

*) Wenn Mittermaier in seiner Schrift: die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren (1856) S. 173 die Ansicht ausspricht, daß durch mehrere Anordnungen unserer Str.-P.-O. hinsichtlich der Staatsanwaltschaft lästige Verzögerungen entstehen, so stimmen wir derselben vollkommen bei. Nicht begründet scheint uns aber seine Einwendung gegen „zu ausgedehnte staatsanwaltschaftliche Befugnisse."

Digitized by Google

kommenen in Aussicht stellte, zwar dem Namen nach allerdings nur eine Schluß-Verhandlung gewährt worden sey, welche aber der Sache nach eine wahrhaftige Haupt-Verhandlung ist und den eigentlichen Schwerpunkt des ganzen Strafprocesses bildet, indem es sich in derselben um eine vollständige und erschöpfende contradictorische Verhandlung handelt.

Dagegen erkennen R. und L., auch Würth in seiner von Hye leidenschaftlich bekämpften vergleichenden Besprechung der beiden Str.-P.-O. von 1850 und 1853 (österr. Gerichtszeitung Sept. 1853) u. m. a., in der schriftlichen Specialuntersuchung in der Regel den Schwerpunkt des gegenwärtigen Strafverfahrens. Eine dritte vermittelnde Ansicht geht darauf hinaus: die Rechtsübung müsse die Schlußverhandlung nach der ratio legis zu einer vollständigen und erschöpfenden mündlichen Hauptverhandlung ausrenken. Glaser hat nämlich in der österr. Gerichtszeitung vom (Jänner 1857) die Vortheile der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens erörtert und bemerkt: Sobald ein Gesetz die unmittelbare Vernehmung in mündlicher Schlußverhandlung gestattet, die Vorladungen dem Ermessen des erkennenden Gerichts anheimstellt, auch den Parteien das Recht läßt die unmittelbare Vernehmung von Zeugen in der Schlußverhandlung zu begehren, dann kann nicht verkannt werden, daß es mit der mündlichen Verhandlung etwas mehr als eine bloße Revision der bereits abgeführten schriftlichen Untersuchung geben wollte, und daß eben nicht die Gesetzgebung, sondern lediglich die Praxis dafür verantwortlich wäre, wenn irgendwo bei solchem Stande der gesetzlichen Anordnungen die mündliche Verhandlung zu einer zeitgemäßen Umgestaltung der bei der sog. Hegung des hochnothpeinlichen Halsgerichts unmittelbar vor einer Hinrichtung häufig vorkommenden Förmlichkeiten, zu einer mehr oder weniger überflüssigen Wiederholung des bereits in der Untersuchung Festgestellten — werden sollte! Also muß die Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung eine ernstgemeinte seyn. Uebrigens will nicht verkannt seyn, daß in Oesterreich der Durchführung der Mündlichkeit auch der Str.-P.-O. eine erhebliche Schwierigkeit sich entgegenstellt in der Appellabilität des Erkenntnisses, in der Berufung an einen minder gut instruirten Richter zweiter Instanz, welcher sich auch an jene Materialien hält, die schon vor der mündlichen Verhandlung existirten. — Würde solches

Digitized by Google

Verfahren ausnahmslos festgehalten, so käme man freilich zu dem Resultate, daß das entscheidende Erkenntniß doch nicht auf den Ergebnissen der mündlichen Schlußverhandlung, sondern auf denen der vorausgegangenen schriftlichen Untersuchung beruht. Dieß sey aber nicht in der Absicht des österreichischen Gesetzes gelegen! Angenommen, aber nicht zugegeben, Gl. hätte die behauptete ratio legis aus den gesetzlichen Bestimmungen dargethan, so läßt sich schwer begreifen, wie die Praxis dafür verantwortlich gemacht werden könne, wenn sie in getreuer Befolgung des Gesetzes die Ausführung ihrer Anordnungen zwar versucht, dieselbe aber, wie Gl. selbst zugesteht, hier an sich sehr schwierig und unter Umständen fast unmöglich ist! — H. und Gl. versuchten die mündliche Schlußverhandlung als den eigentlichen Schwerpunkt der neuen österr. Str.-P.-O. zu retten, während R. und L. ehrlich und offen nachwiesen auf Grund der maßgebenden Gesetzesstellen, daß die Schlußverhandlung nur ihrem Namen entspricht und der Sache nach in der Regel das nicht ist, was eine wahrhaftige Hauptverhandlung ist und seyn soll. — Die nähere Ausführung dieser auch von mir vertheidigten Ansicht kann hier nicht gegeben werden. *)

---

*) Prüft man den Zusammenhang des Charakters der mündlichen Schlußverhandlung mit den Grundsätzen, nach welchen die rechtlichen Beweise zu beurtheilen und im Berufungsverfahren zu entscheiden sind, so kann die Behauptung, daß die Schlußverhandlung ausnahmslos der Sache nach eine wahrhafte Hauptverhandlung und die eigentliche Basis des Urtheilserkenntnisses nach der österreichischen Str.-P.-O. von 1853 sey, ohne Dazwischenkunft einer Täuschung kaum eine ernstgemeinte seyn. Die schriftliche Specialuntersuchung geht über den Zweck der Begründung eines Anklagebeschlusses weit hinaus, und stellt sich häufig schon als Hauptuntersuchung dar. In ihr sind bereits selbst die Beweise über die Schuld und die Mittel zur Rechtfertigung des Beschuldigten zu sammeln (§. 60), und zwar in der Regel so vollständig und erschöpfend, daß schon nach dem Ergebnisse des Untersuchungsverfahrens die für die künftige Entscheidung von wesentlichem Einflusse scheinenden Zeugen und Sachverständigen erkannt werden können (§. 200), und nicht nur vernommen, sondern auch beeidigt werden. Zwischen den rechtlichen Verdachtsgründen zur Versetzung in den Anklagestand und einer Lossprechung von der Anklage wegen Unzulänglichkeit der Beweismittel besteht kein wesentlicher Unterschied. Von der Vorlesung von Acten und Aussagen des Untersuchungsverfahrens und der Recognition kann oder muß nach §. 241 ein sehr ausgedehnter Gebrauch gemacht werden. Bei der Beurtheilung der Beweise hat nach

Digitized by Google

Es ist mithin der Grundsatz, daß das unmittelbare Ergebniß der Hauptverhandlung die Grundlage des Endurtheils ausmache, nicht zu seinem vollen Rechte gekommen. Vergleicht man damit die Wiederaufnahme einer gesetzlichen Beweistheorie und eines schriftlichen Berufungsverfahrens hinsichtlich der Entscheidung über die Beweisfrage, so läßt sich nicht verkennen, daß die österreichische Str.-P.-O. von 1853 unter den neuesten Gesetzgebungsarbeiten Deutschlands sich am meisten der älteren Gedankenwelt des vormaligen schriftlichen Inquisitionsstrafverfahrens zugekehrt habe. Gegenüber dem Criminalverfahren vom Jahre 1803 zeichnet sie sich jedoch allerdings durch vielfache Verbesserungen im Sinne des strafprocessualischen Fortschritts aus. Als eine individuelle Erscheinungsform des modernen Strafverfahrens bleibt sie hinter den Anforderungen der deutschen Strafproceßwissenschaft an die Gesetzgebung über das Strafverfahren in wesentlichen Punkten zurück. Sehen wir genauer zu, ob unsere Literatur der neuen Str.-P.-O. in Hye's warme Apologie einstimmt, daß dieselbe vor allem ein durch und durch gerechtes und humanes Gesetz sey. —

Mit gerechter und freudiger Ueberzeugung wird anerkannt, daß durch diese Str.-P.-O. die schreiendsten Gebrechen des alten Criminalverfahrens im Interesse der Gerechtigkeit und des Schutzes des Beschuldigten beseitigt worden seyen. Allein es wird auch nicht verkannt, daß das Untersuchungsverfahren wegen Verbrechen und Vergehen nicht gleichförmig stattfinde, da der Zufall den Ausschlag geben könne, ob dasselbe mit oder ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft abzuführen sey; daß ohne Noth das mildere Mittel der provisorischen Freilassung aus der Untersuchungshaft beseitigt worden sey; die Gründe der Verhängung der Untersuchungshaft zu weit ausgedehnt seyen; daß überwiegende Gründe gegen

---

§. 259 das erkennende Gericht auch die in dem Untersuchungsverfahren vorgekommenen Beweismittel zu berücksichtigen, insofern von ihnen in der Schlußverhandlung Gebrauch gemacht worden, und durch dieselbe deren Beweiskraft wenigstens nicht geschwächt worden ist.

Die Entscheidung über eine Berufung erfolgt nur auf Grundlage des schriftlichen Materials, auch mit Berücksichtigung der Motive, warum das angefochtene Erkenntniß etwa vorgekommene Thatsachen, Beweismittel, Entschuldigungsgründe unberücksichtigt gelassen (§. 292) u. s. w.

Digitized by Google

die Aufnahme einer gesetzlichen Beweistheorie vom wissenschaftlichen Standpunkte aus sprechen, und daß gesetzliche negative Beweisvorschriften sowohl an gerechter Verurtheilung als auch an gerechter Schuldlosigkeitserklärung hindern können; daß die im §. 287 aufgenommene Urtheilsform der Freisprechung von der Anklage wegen Unzulänglichkeit der Beweismittel nicht dem Vorwurfe der Ungerechtigkeit entgehe, daß die im §. 368 zugelassene Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein Strafurtheil zur Herbeiführung eines strengeren Erkenntnisses nur in großer Beschränkung auf die seltensten Fälle gerechtfertigt sey u. e. a. — Insbesondere hat R. die Tertirung einzelner Bestimmungen der neuen St.-P.-O. einer scharfen Kritik unterzogen, welche nicht immer unter einander vollkommen übereinstimmen und häufig jener Correctheit ermangeln, die einen Glanzpunkt der früheren österreichischen Legislation gebildet hat. So wird z. B. im §. 95 von Verminderung der Zurechnungsfähigkeit gesprochen, ohne daß unser St.-G.-B. eine verminderte Zurechnungsfähigkeit als einen Grad derselben anerkennt;*) hieher gehören auch die §. 113, §. 140 Z. 2, §. 270 Z. 1. Letztere Gesetzstelle behandelt die Fälle, in welchen durch die Aussage des Beschädigten rechtlicher Beweis hergestellt werden kann. H. behauptete, daß der §. 270 ein altes Controversenest beseitigt und die Frage mit scharf präcisirender Norm gelöst habe. Nicht weniger als sieben Auslegungen dieser Norm tauchten bisher binnen drei Jahren auf, und an einer gleichförmigen Praxis bezüglich dieser Gesetzesstelle gebricht es leider auch.

Hier stehen wir also trotz aller Sorgfalt der Codification vor einer Rechtsfrage, die zwar gesetzlich normirt, aber nur aus Controversen eruirt wird, und wo das bestehende Recht mit voller Klarheit nicht einmal dem Rechtsgelehrten ex professo tertirt erscheint. Nur eine Stimme herrscht jedoch hinsichtlich der im allgemeinen sehr gewissenhaft und gründlich behandelten Beweisvorschriften, und der gegenüber der Engherzigkeit der französischen Rechtsmittel zu Gunsten des Beschuldigten glänzend hervortretenden Sorgfalt für ein umfassendes Vertheidigungsrecht und für einen

*) S. meine Grundzüge der strafrechtlichen Zurechnungslehre in Haimerls Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft in Oesterreich. Neue Folge 1857.

Digitized by Google

ausgedehnten Gebrauch von Rechtsmitteln. Nicht weniger rühmlich ist die Einschärfung an die Gerichtspersonen durch die Str.-P.-O. selbst wie durch die Instruction über die innere Amtswirksamkeit und Geschäftsordnung (Reichsgesetzblatt 1854, Stück 49 Nr. 165), sich jeder ungesetzlichen Mittel zur Herstellung der materiellen Wahrheit zu enthalten und selbst von Amtswegen unangefochten gebliebenes Unrecht wieder zu heilen. Diese Lichtseite des vaterländischen Gesetzes berechtigt uns zur lauten, freudig-stolzen Anerkennung.

Hinsichtlich des Anklageverfahrens nach Schluß der schriftlichen Untersuchung wird Hye's Einwendung gegen das in unserer Literatur mehrseitig schon von Würth in dessen Commentar und in der österr. Gerichtszeitung Nr. 106 Jahrg. 1853 anempfohlene Institut der unmittelbaren Ladung des Beschuldigten vor das erkennende Gericht entschieden widerlegt. Vor einem Jahre legte das h. Justizministerium auch diesen Punkt der juridischen Begutachtung vor, und seither haben zu Gunsten der Einführung dieses Instituts Rulf, Lienbacher, Glaser, auch Schwarze u. a. geschrieben. So sehr die Mehrheit unserer Juristen die Nothwendigkeit einer Vereinfachung des Geschäftsmechanismus, einer unter gewissen rechtlichen Voraussetzungen angezeigten Ersparung an Zeit, Mühe und Arbeit bevorwortet, so spricht sie sich anderseits für strengere Festhaltung der Anklageform im ordentlichen Strafverfahren wegen wichtiger Straffälle ziemlich übereinstimmend und zum Theil selbst mit würdigem kritischen Freimuth aus.

Darum wird das Bedenken nicht verhehlt, daß nach §. 192 der Untersuchungsrichter als Referent und Votant bei der Verhandlung und Entscheidung des Gerichtshofes über das durch ihn selbst abgeführte und abgeschlossene Untersuchungsverfahren beigezogen werden könne *). Demnach kann der Untersuchungsrichter einen wesentlichen Einfluß auf die Fassung des Einstellungs-

*) Hye hat den praktischen Grund angegeben, aus dem sich die G. G. genöthigt sah, auch den Inquirenten als Stimmführer bei der Versetzung in den Anklagestand mitwirken zu lassen, Seite 228 Note ** S. 153 Note ***. Die Rücksicht auf die nicht sehr zahlreiche Besetzung mancher Erstinstanzgerichte, die Hand auf den Beutel — ist wohl ein praktisch wichtiger Entschuldigungsgrund, aber keine wahrhafte Rechtfertigung der erwähnten Disposition.

Digitized by Google

Ablassungs- und Anklagebeschlusses nehmen, ungeachtet derselbe, wie auch H. zugibt, von der richterlichen Entscheidung über das abgeschlossene Untersuchungsverfahren hätte ausgeschlossen werden sollen. — Darum wird ferner die ausgefallene Vorschrift der provisorischen Str.-P.-O. v. 1850 §. 253 lebhaft vermißt, daß jedem Theile wenigstens drei Tage vor der Hauptverhandlung die Zeugenlisten mitgetheilt werden müssen, und daß jeder Theil in der Regel das Recht habe, sich der Abhörung von Zeugen oder Sachverständigen zu widersetzen, die ihm auf die gesetzliche Weise nicht namhaft gemacht worden sind.

Darum wird die Vorschrift des §. 233 über das Verhör des Angeklagten unmittelbar nach dem Anklagevortrage als eine mit der accusatorischen Procedursform in Widerspruch stehende inquisitorische Maßregel für ungerechtfertigt erklärt, wenn auch nicht verkannt werden kann, daß ein solches Inquisitionalverhör im Geiste des österreichischen Strafprocesses v. 1853 begründet sey, demgemäß die Tendenz zu Erlangung eines Schuldgeständnisses allenthalben hervorsticht.

Darum wird gegen die Unbestimmtheit oder Allgemeinheit der gesetzlichen Tertirung über die Fälle einer zulässigen Vertagung der Schlußverhandlung Einsprache erhoben. Darum wird das Recht des Staatsanwalts seine Anklage zurückzunehmen nicht minder vermißt, wenn es sich um das Fallenlassen selbst einzelner Klagsfacta handelt! — Und so weiter. —

Der interessanteste Theil unserer Literatur bezieht sich auf die Lehre und Rechtsübung der gesetzlichen Beweistheorie. — Hier haben Jenull, Kitka und reiche Erfahrungen der Spruchpraxis der Gerichtshöfe Tüchtiges vorgearbeitet; hier bieten auch gegenwärtig die buntverschlungenen Beobachtungen der Casuistik des Strafrechts in den deutschen, ungrischen und italischen Kronländern, namentlich in dem Venetianer-Journal L'eco dei tribunali, in der österreichischen Gerichtszeitung, in Haimerls Magazin, in Petruschka's Preßburger Zeitschrift für Rechtspflege ein seltenes Material, wie ein solches kaum eine zweite particularrechtliche Literatur aufzeigen kann. Dazu kommt noch das neue Culturelement, welches für die österreichische Jurisprudenz durch Veröffentlichung der grund-

Digitized by Google

sätzlichen Entscheidungen des obersten Gerichtshofs gewonnen wurde. *)

Die Vertheidigung der Annahme der gesetzlichen Beweistheorie für das allgemeine österreichische Strafverfahren durch Hye ist, wenn auch nicht überzeugend, doch jedenfalls geistreich. Es gehört gewiß mehr Muth und Erfahrung dazu, heutzutage, wo das Dogma der Entfesselung der strafrichterlichen Ueberzeugung von gesetzlich bindenden Beweisregeln feststeht, nachdem im größten Theile des europäischen Festlandes ohne gesetzliche Beweistheorie Schuldurtheile gefällt werden, und schon seit einem Jahrzehnt von den gefeiertsten Autoritäten der Strafproceßwissenschaft über die Zulänglichkeit derselben der Stab gebrochen ist, in der Literatur als vereinzelter Ritter der gesetzlichen Beweistheorie kampfbereit aufzutreten, als mit dem Strome der öffentlichen Ueberzeugung in zahlloser Gesellschaft zu schwimmen. Rulf stellte die für und gegen die gesetzliche Beweistheorie angeführten Gründe, welche von Savigny, Köstlin, Mittermaier, Arnold, Schwarze, Bauer, Hepp, Zachariä, Gerau, Möhl, Krenn, Kitka, Würth, Hye, Walther u. v. a. vorgebracht werden, bündig und übersichtlich zusammen, erklärt sich gegen dieselbe, obgleich er nicht das Gewicht der strafpolitischen Gründe verkennt, welche Hye für die Aufnahme negativer Beweisvorschriften vom österreichischen Standpunkte aus geltend gemacht hat.

Lienbacher wendet gegen diese Beweisregeln in so weit nichts ein als sie einen heilsamen Schutz des Angeklagten verbürgen.

Allein die Beweisregeln erreichen ihren Zweck nicht, und können ihn nicht erreichen. Die Wahrheit dieses längst officiell und

---

*) Es ist kein geringes Verdienst um die Hebung und Fortbildung einer einheitlichen praktischen Jurisprudenz, welche von dem obersten Gerichts- und vormals Cassationshofe durch sorgfältige Bearbeitung der Entscheidungsgründe angebahnt worden ist. Die rechtliche Bedeutung derselben wurde in unserer Literatur im mannigfaltigen Sinne von Würth, Kitka, Hye, Lienbacher, Peberzani, Glaser, Wahlberg, Zanardelli, Zajotti u. m. a. gewürdigt. Peitler, Herbst, Glaser haben die grundsätzlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes über zweifelhafte Fragen des allgem. österr. Strafrechts zusammengestellt. Gegen die principielle Lossagung von aller Polemik wider diese Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, welche Herbst bevorwortete, wurde von Glaser und von dem Verfasser dieser Uebersicht in den österr. Blättern für Literatur und Kunst und in Haimerls Magazin Protest eingelegt.

Digitized by Google

wissenschaftlich anerkannten Satzes muß aus dem praktischen Leben geschöpft werden. Auch in L's Schrift finden die von Mittermaier Arnold, Schwarze, Walther u. a. vorgebrachten Einwendungen die frische Beurtheilung eines klaren praktisch gebildeten juridischen Denkers. Insbesondere wird H's Argument, daß ohne gesetzliche Beweistheorie die Forderung von Entscheidungsgründen hinsichtlich der Thatfrage gar keine Bedeutung habe und eine Motivirung des Schuldurtheils ohne gesetzliche Beweistheorie des objectiven Prüfungsmaßstabes entbehre, durch Hinweisung auf die Quellen der strafrechtlichen Gewißheit und auf die anerkannten objectiven Gesetze der Erfahrung und des Denkens entschieden abgelehnt.

Auch eine gesetzliche Beweistheorie schließt subjective Einflüsse bei der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Beweismittel nicht aus, und läßt, wie die Praxis bestätigt, eben so sehr der Ungleichförmigkeit der Gesetzesanwendung wie der Verschiedenartigkeit der Gesetzesauslegung Raum. Selbst Juristen welche die Handhabung unserer Gerichte nur aus der Ferne nach Hörensagen und mitgetheilten Entscheidungen beobachten, heben hinsichtlich der gesetzlichen Beweistheorie unserer St.-P.-O. hervor, daß namentlich die Anwendung des §. 270 Z. 1 sowie des zusammengesetzten Beweises auf bedenkliche Schwierigkeiten stößt, und die von Mittermaier, Arnold u. a. geäußerte Besorgniß rechtfertigt. Aus dem Gerichtssaal heraus kommt dazu die Aeußerung, daß das vorgeschriebene Rechnen mit den gesetzlichen Beweisgrößen häufig ein Palladium für Spitzbuben sey. „Ungern verläugnet der Gerichtshof im Urtheile seine bessere moralische Ueberzeugung, der Ankläger seufzt für das Interesse der Staatsgesellschaft, der freigesprochene Angeklagte zieht sich nicht selten mit einem vielsagenden Lächeln zurück. Solche Dinge müssen erlebt werden, um sie richtig beurtheilen zu können." Aber nicht bloß die Verurtheilung, auch die völlige Freisprechung kann durch die gesetzliche Beweistheorie gehindert werden, wenn bedacht wird, daß auf eine Freisprechung von der Anklage wegen Unzulänglichkeit der Beweismittel erkannt werden muß, wenn nicht alle wider den Angeklagten vorgekommenen Verdachtsgründe vollkommen entkräftet sind (§. 287).

Auch hier zeigt unsere Literatur das Bestreben, durch wohlgemeinte aber erkünstelte Auslegung der bedenklich erachteten Gesetzesstelle eine entsprechend liberalere Interpretation in die

Digitized by Google

Praxis einzuschmuggeln oder in den erwünschten Fluß zu bringen. So waren Kißling und Costa in der österreichischen Gerichtszeitung bemüht, durch Aufstellung einer Unterscheidung der zur Instanzentbindung erforderlichen rechtlichen Verdachtsgründe die Fälle der Anwendung dieser Mittelurtheilsform zu beschränken. Es herrscht die schon von Zeiller ausgesprochene Ansicht noch immer überwiegend vor, daß Entscheidungsgründe auch als Surrogat mangelnder Gerichtsöffentlichkeit zu betrachten seyen. Sobald der Freisprechung die Schuldloserklärung entgegengesetzt wird, so erblickt man in ersterer eine öffentliche, auch mit empfindlichen rechtlichen Nachtheilen verbundene Verdachtserklärung, die eine wahre Verdachtsstrafe ist. Eine Verdachtsstrafe, weil vielleicht ein einziger rechtlicher Verdachtsgrund nicht vollkommen entkräftet werden konnte. Eine Verdachtsstrafe gegen einen möglicherweise Unschuldigen, weil vielleicht an der Nichtentkräftung des zurückgebliebenen, in der schriftlichen Untersuchung vorgekommenen, in der Schlußverhandlung nicht völlig zerstörten Verdachtsgrundes der Untersuchungsrichter und sein Geschäftsdrang Schuld trägt! Und kommt es zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens, geräth der von der Anklage Freigesprochene in eine ähnliche Untersuchung, so genügen schon zwei Verdachtsgründe zu seiner rechtlichen Ueberweisung, so daß im letztern Falle, wie Lienbacher bemerkte, die Freisprechung wegen der einen That gleichkommt einem näheren Verdachte der Schuld an einer anderen That!

Die der Str.-P.-O. von 1853 aus der Codification v. J. 1803 anklebende Aengstlichkeit hinsichtlich der Verurtheilung zur Lebensstrafe ohne Beweis der Schuld durch Geständniß oder beschworenes Zeugniß (§. 284) blieb nicht ungerügt, da sich hierin ein vom Standpunkte des modernen Beweisrechts aus nicht zu rechtfertigendes Mißtrauen gegen den Indicienbeweis ausdrückt, und dadurch die Rechtsregel des §. 33 Str.-G.-B. v. 27 Mai 1852: daß die Strafe genau nach dem Gesetze bestimmt und keine andere Strafart über den Verbrecher verhängt werde, bloß wegen Mangels einer bevorzugten rechtlichen Beweisart durchbrochen wird.

Die verschiedenen Ansichten, die in unserer Literatur über das den Gerichtshöfen eingeräumte außerordentliche Milderungsrecht laut geworden sind, gehören streng genommen in die Literatur des

Digitized by Google

materiellen Strafrechts. Wir werfen daher zum Schlusse dieser cursorischen Uebersicht nur noch einen Blick auf den Stand der Meinungen hinsichtlich des Systems der Rechtsmittel nach der gegenwärtigen Str.-P.-O.

H. hebt hervor, daß die gegenwärtige Str.-P.-O. bei der Lehre von den Rechtsmitteln gegen strafrichterliche Verfügungen und Erkenntnisse als leitenden Gesichtspunkt vor allem die Rücksicht im Auge gehalten habe: daß gegen jede unterrichterliche Entscheidung, sowie gegen jedes Moment derselben ein Rechtszug an ein höheres Gericht offen stehen soll, und daß sämmtliche devolutive Rechtsmittel nach denselben Grundsätzen geregelt werden. Aus diesen Gründen habe die dermalige Gesetzgebung das Institut des Cassationshofes wieder verlassen, und an die Stelle der entweder auf Formverletzungen oder unrichtiger Gesetzesanwendung beruhenden Nichtigkeitsbeschwerde die Berufung eingesetzt, wornach auch die Entscheidung über die Thatfrage angefochten werden könne.

Dadurch sollte der einseitigen Richtung einer Gesetzgebung vorgebeugt werden, welche das materielle Recht einer einmal — beliebten Form opfert! — Wir sehen hier von den Ansichten über die Inappellabilität der Entscheidungen der Thatfrage in einem mündlichen Verfahren vor dem erkennenden Gerichte, sowie über den hohen Werth der Cassationsgesuche ab, die neuerlich von Mittermaier, Walther, Schwarze, Schletter, Voitus gründlich geprüft worden sind, und fragen nur, welche Stellung unsere Literatur zu dieser Lehre gegenwärtig einnimmt.

Charakteristisch ist, daß vornehmlich nur über folgende Punkte in der Auslegung und Anwendung Zweifel und Meinungsverschiedenheiten entstanden sind: nämlich über den Umfang der Ausnahme, daß das Oberlandesgericht das angefochtene Erkenntniß auch zum Nachtheile des Beschuldigten abändern könne (§. 209); über den Umfang der Befugniß des obern Gerichts, das angefochtene Enderkenntniß und das frühere Verfahren aufzuheben (§§. 208 303), beziehungsweise über den Begriff der wesentlichen Nichtigkeiten; über die Frage, ob Inappellabilität auch dann gegen zwei gleichlautende Rechtssprüche anzunehmen sey, wenn die Entscheidungsgründe beider gleichlautenden meritorischen Entscheidungen divergiren (§. 301); über die Nachtheile des ausschließlich schriftlichen Be-

Digitized by Google

rufungsverfahrens *), deren Consequenzen namentlich R. unbefangen in scharfer Polemik gegen H. aufdeckt; über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, ohne daß dasselbe bereits durch einen rechtskräftigen Beschluß oder ein rechtskräftiges Erkenntniß abgeschlossen worden wäre, insbesondere über die Gränzen der strafpolitischen Berechtigung des bis in idem gegen ein Straf-urtheil zum Nachtheil des Verurtheilten; über die Anwendung der Vorschrift des §. 376 hinsichtlich des Verfahrens beim Hervorkommen einer neuen, schon zur Zeit eines früheren Strafprocesses vorhandenen aber nicht bekannt gewesenen strafbaren Handlung u. a. m.

Schon die hier hervorgehobenen Streit- und Zweifelfragen unserer Literatur der St.-P.-O. v. 1853 dürften zur Orientirung hinsichtlich jener gesunden aufstrebenden Ansichten über die Forderungen des strafprocessualischen Fortschrittes beitragen, welche bei uns gegen eine offene oder maskirte Opposition unerschrocken Stand halten. Wir haben durch den raschen Wechsel dreierlei Arten des Strafverfahrens seit zehn Jahren viel gelernt und nichts vergessen. Je lebhafter vordem die Gebrechen und Lücken der ältern Gesetzgebung gefühlt wurden, desto aufrichtiger und treuer werden nun die neuen Erfahrungen und Studien der vergleichenden Gesetzgebung gewürdigt und für die Reform der besserungsbedürftigen Institutionen zu verwerthen gesucht. Läßt sich auch im allgemeinen ein Mangel in der erschöpfenden Benützung des literarischen Apparates der Gesetzgebung und Wissenschaft des Strafprocesses des Auslandes nicht verkennen, und finden auch die Erfahrungen des nicht-österreichischen Rechtslebens größtentheils nur im Vorbeigehen oder aphoristisch wissenschaftliche Beachtung, so steht doch fest, daß ein über die Enge der ausschließlich particularrechtlichen Literatur hinausgehender frischerer Geist die besseren Versuche, leitende Grundsätze des modernen Strafverfahrens einzubürgern und für vaterländische Interessen zu verarbeiten, vorwaltet. — Mit manchen alten, liebgewonnenen Traditionen wurde entschieden gebrochen, welche Oesterreichs und Deutschlands Rechtsentwicklung auseinanderhielten. Hat aber die Verwirklichung einer österreichi-

*) Mittermaier, die Gesetzgebung u. s. w. (1856) S. 641. Note 58. Arnold, Gerichtssaal (1854) 291. Schwarze und Walther a. a. O.

Digitized by Google

schen allgemeinen Reichsgesetzgebung die Ideen einer gemeinsamen deutschen Strafgesetzgebung völlig in den Hintergrund gedrängt? Lenkt die vorwiegend praktische Richtung unserer Strafproceßliteratur ihr Augenmerk auf die Begründung einer wahrhaften gemeinsamen österreichischen Jurisprudenz in den deutschen, italienischen, ungarischen, slavischen Kronländern? Bildet unsere juridische Journalistik die Praktiker für höhere wissenschaftliche Bedürfnisse, und eine edlere Rechtspflege heran?

Die Untersuchung dieser Fragen, sowie eine vollständigere kritische Uebersicht der bisherigen Leistungen der Literatur des neuen Strafverfahrens in Oesterreich behalten wir uns für einen anderen Anlaß vor.

Wien, den 15 Juli 1857.

Wahlberg.

Digitized by Google

III.

Die neuere Literatur der Rechtsencyclopädie.

H. Ahrens, o. ö Professor der philosophischen Rechts- und Staatswissenschaft an der Rechtsfacultät der k.k. Universität zu Gratz, Juristische Encyclopädie, oder organische Darstellung der Rechts- und Staatswissenschaft auf Grundlage einer ethischen Rechtsphilosophie. Wien, 1855 — 57. VIII, 806.

F. Bluhme, k. geh. Justizrath und ordentlicher Professor der Rechte, Ordinarius des Spruchcollegiums der Juristenfacultät zu Bonn. Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte.

Erste Abtheilung: Aeußere Encyclopädie oder Uebersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen. Mit einer encyclopädischen Einleitung. Zweite verm. und verb. Ausgabe. Bonn 1854. VIII, 175.

Zweite Abtheilung: Das Privatrecht mit Einschluß des Civilprocesses. Zweite verm. und verb. Ausgabe. Bonn 1855. XII, 632.

Dritte Abtheilung: Das öffentliche Recht. Erste Lieferung. Das Strafrecht mit Einschluß des Strafprocesses. Zur ersten und zweiten Ausgabe gehörig. Bonn 1854. VIII, 174.

F. Walter, Juristische Encyclopädie. Bonn 1856. XV, 399.

L. A. Warnkönig, Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland. Zum Gebrauch bei Vorlesungen und zum Selbststudium. Erlangen 1853. XII, 569.

Erster Artikel.

Beurtheilung aus dem Gesichtspunkte des akademischen Rechtsunterrichtes.

Die deutschen Märchen erzählen von edlen Fürstentöchtern, welche durch die Tücke finsterer Mächte dem Kreise der Ihrigen entrückt und in traurige Einsamkeit gebannt wurden, bis tapfere

Digitized by Google

Ritter durch eine muthige That den Bann lösten und sie zu neuer Lebensfreude zurückführten. Ein ähnliches Geschick scheint der edlen Tochter der Jurisprudenz, ihrem leibhaften Ebenbilde, der Rechtsencyclopädie, in unserer Zeit beschieden zu seyn. Durch schlimme Mächte, den Schlendrian, die Gedankenlosigkeit und Unwissenschaftlichkeit war sie noch vor kurzem dem Kreise der geachteten juristischen Wissenszweige fast ganz entrückt und gegenüber den andern von tüchtigen Gelehrten und lernbegierigen Schülern umdrängten Disciplinen vereinsamt und verlassen. Es kann ihr nichts günstigeres begegnen, als wenn sie jetzt ein vierblätteriges Kleeblatt wohlgerüsteter wissenschaftlicher Kämpen findet, welche für ihre Ehre in die Schranken treten und ihr die hohe Geltung im Gebiete der Rechtswissenschaft zu erringen streben, die ihr gebührt.

Die Namen der Männer, die wir oben nannten, sind dem juristischen Publicum nicht neu, sondern durch gediegene Leistungen bereits aufs vortheilhafteste bekannt. Um so interessanter ist es zu betrachten, welche Motive sie trotz der großen Verschiedenheit ihrer wissenschaftlichen Grundansichten in dem Gedanken die Rechtsencyclopödie zu restauriren zusammenführten, wie sie sich diese Aufgabe dachten und wie sie dieselbe lösten. Wir werden uns bei dieser Betrachtung so kurz als möglich fassen, halten es aber bei der Fülle des zu besprechenden Stoffes für zweckmäßig unsere Erörterung in zwei Artikel zu zerlegen, welche zweien Hauptgesichtspunkten entsprechen, von denen wir bei denselben auszugehen haben. Welches diese Gesichtspunkte sind, ergibt sich einfach aus folgender Erwägung.

Wenn man von der Encyclopädie einer Wissenschaft spricht, so hat dieß eine relative Bedeutung. Es setzt nämlich voraus, daß in dieser Wissenschaft eine Arbeitstheilung eingetreten ist, vermöge deren sie in einzelne Fächer zerfällt, die in der Regel separat bearbeitet, gelehrt und gelernt werden. Im Gegensatze zu dieser Arbeitstheilung behandelt dann die Encyclopädie diese Wissenschaft als ein ungetrenntes Ganze, und bringt die Einheit derselben zum Bewußtseyn. Wenn man daher um die Motive frägt, welche einen Schriftsteller oder Lehrer bestimmten, die Rechtsencyclopädie zum Gegenstande einer Bearbeitung zu machen, so ist dieß gleichbedeutend mit der Frage, welche Gründe ihn bestimmten, von der Arbeitstheilung in der Rechtswissenschaft Umgang zu nehmen und letztere

Digitized by Google

aus dem Gesichtspunkte ihrer Einheit zum Gegenstande seiner Thätigkeit zu machen. Dieß kann nun aber offenbar aus zwei Motiven geschehen. Entweder ist es die productive Function im wissenschaftlichen Leben, also die Förderung der Wissenschaft durch die schöpferische Kraft dessen, der sie in ihrer Gesammtheit bearbeitet, welche hiebei die maßgebende Rücksicht bildet; oder die encyclopädische Bearbeitung wird im Interesse der receptiven Function unternommen, indem bei denjenigen die sich die Wissenschaft aneignen wollen, ein Bedürfniß vorausgesetzt wird, das nur durch eine Gesammtbearbeitung der Wissenschaft befriedigt werden kann. Begreiflich können diese beiden Motive nicht bloß alternativ, sondern auch copulativ wirksam seyn, so daß der Bearbeiter zugleich die Förderung der objectiven Wissenschaft und der subjectiven Wissensaneignung sich zum Ziele setzt.

Fragen wir nun, welches dieser beiden Motive den Impuls zu den vorliegenden Werken gegeben habe, so genügt schon ein flüchtiger Blick in die Vorreden und Einleitungen derselben, um zu erkennen, daß hier nicht bloß eines oder das andere, sondern beide Motive zugleich wirksam waren. Ahrens bemerkt in der Vorrede, er habe den Versuch machen wollen, vom Standpunkte einer höheren Rechtsauffassung aus einen größeren Zusammenhang in das Ganze der Rechtswissenschaft zu bringen und dadurch die Uebersicht zu erleichtern. Bluhme bezeichnet in seinem Vorworte die propädeutischen Zwecke als seine Aufgabe nicht erschöpfend, sondern spricht auch das Recht an, sowohl in dem einleitenden der Encyclopädie eigenthümlichen Gebiete als auch in dem Systeme der in Deutschland geltenden Rechte, welches den besonderen Theil bildet, seine eigensten Ansichten und Ueberzeugungen, soweit sie zu festeren Resultaten gereift, niederzulegen. Walter bekennt durch die fortschreitende Erweiterung seines Gesichtskreises allmählich zu den höheren Anschauungen gelangt zu seyn, welche das Eigenthümliche seines Werkes ausmachen, und ihn zugleich befähigen Andere, die den gleichen mühsamen Weg mit ihm nicht gehen, auf einen Standpunkt der Anschauung zu erheben, der ihnen von der Bedeutung und Würde dieser Wissenschaft und des sich darauf beziehenden Berufes eine dauernde Achtung einflößen soll. So stimmen also alle vier Werke darin überein, daß sie sich die Doppelaufgabe gesetzt haben, durch die Gesammtbearbeitung des Rechtsgebietes sowohl die

Digitized by Google

objective und materielle Sphäre der Wissenschaft zu fördern und zu erweitern, als auch die subjective und formale Function der Mittheilung und Ueberlieferung des juristischen Wissens zu erleichtern und zu veredeln. Entsprechend dieser gedoppelten Aufgabe, werden auch wir die Leistungen derselben aus einem doppelten Gesichtspunkte zu würdigen haben, und daher im gegenwärtigen Artikel die Frage beantworten: Was leisten diese Werke für den Rechtsunterricht, der ihren nächsten Zweck bildet? und im nächsten die weitere Frage: Wie behandeln und fördern sie die Rechtswissenschaft in materieller Hinsicht?

Diejenigen, welche das Rechtsstudium als normal annehmen, wie es auf unsern Universitäten häufig gepflogen wird, werden voraussichtlicher Weise an der Mehrzahl der vorliegenden Werke schon dem Aeußeren nach, ohne sie auch nur zu öffnen, einigen Anstoß nehmen. Gewöhnlich wird nämlich die Encyclopädie mit dem Hören eines Collegiums im ersten Semester der Rechtsstudien abgethan. Hier kann natürlich der Fassungskraft des Lernenden noch sehr wenig zugemuthet werden. Entweder beschränkt man sich daher auf eine sogenannte äußere oder formelle Encyclopädie, worunter außer den allgemeinen Rechtsbegriffen ein Schema der einzelnen Fächer der Rechtswissenschaft mit einer allgemeinen Beschreibung des Inhaltes derselben verstanden wird; oder man verbindet damit auch eine sogenannte innere oder materielle Encyclopädie, welche eine dürre geschichtliche und dogmatische Skizze des Inhaltes einer jeden juristischen Disciplin gibt.

Geht man nun von der Ansicht aus, daß die zu Lehrzwecken geschriebenen Bücher über Rechtsencyclopädie keine andere Aufgabe haben, als dieser Vorlesung zu Grunde gelegt zu werden, so werden auch sie in der Hauptsache nicht weit über den angedeuteten Inhalt derselben hinausgehen, also jedenfalls nur einen sehr mäßigen Umfang haben dürfen. Bei denjenigen, die dieser Ansicht huldigen, wird daher schon der Umstand, daß die Encyclopädien von Ahrens und Warnkönig je einen imposanten Band bilden, ja die von Bluhme sogar auf mehrere Bände berechnet ist, ein entschieden ungünstiges Vorurtheil gegen sie erwecken. Durch den Einblick in den großen Reichthum des Stoffes, den jedes der vier Werke umfaßt, sowie in den sorgfältig durchgearbeiteten allgemeinen Unterbau des Rechtssystemes und in die einläßliche Behandlung der einzelnen Rechts-

Digitized by Google

disciplinen wird ihr Urtheil noch bestärkt werden. Wir sind der Meinung daß diese Ansicht darin in ihrem Rechte ist, daß sie den Anfangsunterricht in der Encyclopädie auf einen sehr mäßigen Umfang beschränkt, daß sie jedoch irrt, wenn sie darum an den vorwürfigen umfangreichen Werken Anstoß nimmt, indem dieser Umfang mit der Beschränktheit des encyclopädischen Anfangsunterrichtes sehr wohl verträglich ist.

Die Rechtsencyclopädie soll nämlich allerdings im ersten Semester der juristischen Studien gehört, und hier auf ein sehr mäßiges Material beschränkt werden. Allein es ist eine große Verblendung wenn man ihr Studium auf diesen Zeitraum begränzt, und sich hienach ein Normalmaß für die literarischen Bearbeitungen derselben bildet. So gewiß nämlich der Geist und Sinn alles Einzelnen, welches im Verlaufe des juristischen Studiums verarbeitet werden muß, nur im innigsten Zusammenhange mit dem ganzen Systeme vollkommen verstanden werden kann und darum fortwährend auf den Einheitsverband der ganzen Rechtswissenschaft reducirt werden muß, so gewiß muß sich das Bemühen, eine encyclopädische Uebersicht über das Ganze des juristischen Wissens zu gewinnen, und die gewonnene immer durchdringender, klarer und lebendiger zu machen, über die ganze Studienzeit erstrecken. Diese Continuität des Bedürfnisses nach der Encyclopädie erfordert aber auf drei verschiedenen Stufen drei verschiedene Hülfsmittel. Fürs erste bedarf derjenige, der sich zum Rechtsstudium entschließt, schon vor allem Beginne desselben, ja zum Behufe der Standeswahl selbst einer Einsicht in die allgemeine Bedeutung und den Bau der Rechtswissenschaft. Diesem Bedürfnisse kann natürlich nicht durch Vorlesungen, sondern nur durch das Medium der Schrift entsprochen werden. Es sollte zu diesem Behufe jede Rechtsfacultät eine ganz kurze Belehrung über den Umfang und die Methode der Rechtsstudien entwerfen, und sie den neu zugehenden Candidaten wie einen Festgruß zur Inauguration des Rechtsstudiums ohne Entgelt darreichen. Wird dann die juristische Laufbahn wirklich begonnen, so muß der Gesammtzusammenhang der Rechtswissenschaft sogleich den Gegenstand eines gründlichen Collegiums und ernster Studien bilden. Es hat sich diese Vorlesung auf eine deutliche und scharfe Exposition der Grundbegriffe der Rechtswissenschaft und ihrer systematischen Entfaltung im allgemeinen zu beschränken, und die Stellung des historischen

Digitized by Google

und dogmatischen Stoffes nur andeutungsweise zu bezeichnen, womit dann die Grundzüge der Literärgeschichte und methodologische Anweisungen zweckmäßig verbunden werden können. Bücher, die ausschließlich für den Gebrauch dieses Collegiums geschrieben worden, haben das volle Recht sich auf diese Aufgabe zu beschränken, wie z. B. unter den neueren das schätzbare Büchlein von Arndts. Nur ist in diesem Collegium kein Erfolg von einer sogenannten inneren oder materiellen Encyclopädie in dem oben angegebenen Sinne zu erwarten. Vortrefflich spricht sich hierüber Thibaut in seiner längst vergessenen Encyclopädie (Altona 1797) aus. „Die innere Encyclopädie," bemerkt er, „ist ihrer Natur nach nichts weiter als ein Gerippe der Wissenschaft, vortrefflich für den Kenner des Details, indem durch einen kurzgefaßten Satz eine ganze schlummernde Gedankenreihe hervorgerufen werden kann, aber ohne Geist und Leben für den Anfänger, welcher keine einzige begleitende Vorstellung an das Gegebene anheften, schlechterdings nicht errathen kann, daß dieser oder jener Satz für eine ganze Lehre im höchsten Grade fruchtbar und folgenreich ist. Der Lehrer wird hier gar zu leicht durch sein eigenes Wissen getäuscht. Ihm ist alles inhaltsreich, einleuchtend und lebendig, was dem Anfänger mager, unbedeutend und leblos erscheint. Dieser füllt bloß sein Gedächtniß, wo jener in der Meinung zu belehren nur seine eigenen Begriffe ordnet und schärft. Der Gewinn ist auf allen Fall überwiegend auf der Seite des Unterrichtenden, wie das Vergnügen auf der Seite des Erzählers, welcher das Detail einer Landschaft ausmalt, die niemand außer ihm mit Augen gesehen hat." Thibaut urtheilt darin vollkommen richtig, daß er die innere Encyclopädie für den Anfänger verwirft, er fehlt aber darin daß er mit diesem Urtheile nicht zugleich die Anweisung der richtigen Stelle verbindet, welche der innern Encyclopädie im juristischen Studienplane gebührt. Denn wenn jenes Erstlingscollegium über Encyclopädie den Stoff derselben nicht erschöpfen kann und darf, eine vollständige Encyclopädie aber doch nothwendig ist, so folgt daraus, daß eben noch im Verfolge der Studienzeit eine Ergänzung eintreten muß, und es ist unschwer einzusehen, worin diese zu bestehen hat, obwohl es gewöhnlich nicht beachtet wird. Während nämlich der Rechtscandidat sich durch die aus der juristischen Arbeitstheilung hervorgegangene große Anzahl von Disciplinen hindurcharbeitet und seine Kräfte durch ein schwer

Digitized by Google

zu bewältigendes Detail nach allen Seiten hin zersplittert werden, bedarf die systematische Einheit der Rechtswissenschaft einer fortwährenden energischen, die Centripetalkraft des juristischen Studiums anregenden Repräsentation, die dem Studierenden, wie dem Wanderer die Landkarte, in jedem Momente die Stelle zeigt, welche der Punkt wo er sich befindet, im ganzen großen Gebiete der Rechtswissenschaft einnimmt, ihn stets mahnt, daß alles Einzelne nur im Zusammenhange mit dem Ganzen vollständig begriffen werden kann, und ihm die Stellen zeigt, wo die Anknüpfung stattfindet. Es ist mit einem Worte ein Kernpunkt nothwendig, um welchen sich das ganze Detailwissen des Lernenden nach und nach ansetzt, und durch den es zu einem schönen harmonischen Ganzen verbunden wird. Diese fortwährende Repräsentation der Einheit der Wissenschaft kann natürlich nicht durch ein Collegium, sondern nur durch ein literarisches Werk gegeben werden. Ein Werk, welches die gesammte Jurisprudenz als Spiegelbild im Geiste eines tüchtigen Rechtsgelehrten darstellt, soll als Träger des Interesses an der Einheit der Rechtswissenschaft, als literarischer Centralpunkt seines rechtswissenschaftlichen Geisteslebens, den Studierenden durch seine ganze Studienzeit begleiten, von diesem allmählich neben dem Studium der Specialdisciplin und der ihm gewidmeten Werke erschöpft werden, und endlich der retrospectiven Uebersicht des gesammten Bildungsganges dienen.

Dieß nun ist, wenn wir recht sehen, das praktische Motiv, welches den vorliegenden vier Werken in Bezug auf den Rechtsunterricht zu Grunde liegt. Sie wollen die bisher nicht nachdrücklich genug betonte und geförderte Richtung des juristischen Studiums auf systematische Einheit, also das eigentlich wissenschaftliche Element im Rechtsstudium heben und fördern, und ihm eine ausreichende literarische Grundlage geben. Sie gehen demgemäß offenbar nicht darauf aus schon im ersten Semester der Rechtsstudien vollständig verstanden und erschöpft zu werden, obwohl einzelne Theile derselben auch schon den Vorlesungen über Encyclopädie zu Grunde gelegt werden können, sondern sind Hülfsbücher für die Gesammtübersicht der Rechtswissenschaft, und auf ein sich über die ganze Dauer der Studienzeit erstreckendes, ja über dieselbe hinaus reichendes Studium berechnet. Daß sie bei dieser Beschaffenheit auch gebildeten Laien in der Jurisprudenz zur Orientirung dienlich

Digitized by Google

seyn können, würde sich von selbst verstehen, wenn es von den Verfassern auch nicht ausdrücklich bemerkt worden wäre. Es darf indeß nicht unbemerkt bleiben, daß in Bezug auf die angegebene Tendenz ein erheblicher Unterschied stattfindet zwischen dem Werke von Bluhme und den übrigen dreien. Während nämlich letztere eine vollständige Encyclopädie der Rechtswissenschaft geben, allerdings mit vorzüglicher Rücksicht auf Deutschland, beabsichtigt Bluhme nur eine Encyclopädie des geltenden Rechtes und zwar des in Deutschland geltenden Rechtes mit einer allgemeinen Einleitung über die Grundbegriffe des Rechtes und über die Rechtsquellen zu liefern. Er beschränkt sich also auf den wichtigsten Theil des Rechtsstudiums, das praktische Recht, und gibt bloß eine encyclopädische Rechtsdogmatik, während er die anderen Disciplinen dem Specialstudium überläßt. Es erfüllt das Werk auch in dieser Beschränkung noch eine sehr wichtige Aufgabe; unstreitig würde es aber an Brauchbarkeit sehr gewinnen, wenn es bei einer späteren Auflage zu einer vollständigen Encyclopädie erweitert würde.

Die Lösung der Aufgabe, welche sich hienach die vorliegenden vier Werke setzten, nämlich den Stoff der Rechtswissenschaft in verjüngtem Maßstabe zum Zwecke des juristischen Unterrichtes zu einer wissenschaftlichen Einheit zu verbinden, erfordert sachgemäß dreierlei. Erstens, daß gezeigt werde, wie die Idee des Rechtes sich in den obersten Rechtsbegriffen ausgestalte und den ganzen Stoff durchdringe. Zweitens, daß der Stoff, aus welchem sich das Bild der Rechtswissenschaft zusammensetzen soll, richtig ausgewählt und angeordnet werde. Drittens, daß das so gebildete Ganze in eine Darstellung eingekleidet werde, welche für den juristischen Unterricht geeignet ist. Wir haben nun zu prüfen, in wiefern die vorliegenden Werke diesen Erfordernissen entsprechen.

Die Hauptschwierigkeit besteht offenbar darin, den gesammten Rechtsstoff in seinem genetischen Verhältnisse zur Rechtsidee zu betrachten und alles einzelne an die höchsten Fäden anzuknüpfen, so daß das philosophische und das empirische Element in den richtigen Zusammenhang gebracht, die beiden Extreme einer ideenlosen Stoffsammlung und einer stoffscheuen Ideologie vermieden und Geist und Verkörperung des Rechtes in einer naturwahren Verbindung aufgezeigt werden. Bei der Einseitigkeit der menschlichen Begabung und Geistesrichtung ist es begreiflich, daß von den Be-

Digitized by Google

arbeitern der Encyclopädie die einen mit Vorliebe zum speculativen, die andern zum empirischen Elemente sich hingezogen fühlen, so daß in dieser Wissenschaft, welche die Theilung der Arbeit ausschließen soll, insofern wieder eine Arbeitstheilung eintritt, daß sie von der einen Seite vorzüglich in philosophischer, von der andern in empirischer Richtung bearbeitet wird. Dem entsprechend finden wir auch, daß von den vorliegenden vier Werken zwei derselben, nämlich Ahrens und Warnkönig der ersteren, die zwei andern dagegen sich der letzteren Richtung mehr zuneigen. Die beiden äußeren Spitzen bilden die Werke von Ahrens und Bluhme, wie schon deren Titel besagt, indem ersterer sein Buch eine organische Darstellung der Rechts- und Staatswissenschaft auf der Grundlage einer ethischen Rechtsphilosophie nennt, während letzterer seinem Werke die Ueberschrift Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte gibt, womit jedoch nicht gesagt seyn soll, daß der eine oder der andere dieser Autoren in die oben bezeichnete Scylla und Charybdis gerathen sey, sondern nur, daß eine entschiedene Inclination nach der einen oder der andern Seite bei ihnen vorwalte.

Ahrens führt mit großer Consequenz und Schärfe das Princip seiner Rechtsphilosophie durch das ganze System seiner Encyclopädie hindurch. Er construirt aus demselben die allgemeinen Grundbegriffe, zeigt dann sein Walten in der Geschichte des Rechts und weist im dogmatischen Theile seine Wirksamkeit bis in die äußersten Verzweigungen der einzelnen Rechtsinstitute nach. Wir sind, wie sich im zweiten Artikel zeigen wird, mit dem von Ahrens nach Krause aufgestellten Rechtsprincip nicht einverstanden, auch übersehen wir nicht, daß ihn der Widerspruch, in welchem die Consequenzen seines philosophischen Princips mit dem geltenden Rechte häufig stehen, nöthige, in vielen Materien überwiegend de lege ferenda zu handeln, während eine juristische Encyclopädie doch vorherrschend de lege lata handeln soll. Dieß hindert uns aber nicht anzuerkennen, daß seine Behandlung der Encyclopädie im ganzen einen ächt wissenschaftlichen, in den Geist der Jurisprudenz kräftig einweihenden Charakter trägt, und so anregend wirkt, daß man ihr von Anfang bis zum Ende mit größter Spannung folgt.

Ebenso legt Warnkönig ein hohes Gewicht auf das philo

Digitized by Google

sophische Fundament und die Verbindung des allgemeinen Theiles mit den Specialfächern durch eine folgerichtig durchgeführte rechtsphilosophische Grundanschauung. Er bewegt sich aber hiebei weit mehr auf positivem Boden als Ahrens, was nicht darin seinen Grund hat, daß, wie Ahrens ihm vorwirft, sein rechtsphilosophisches Princip in einem zu äußerlichen Verhältnisse zum empirischen Stoffe bleibt, sondern in dem Umstande, daß das von Warnkönig durchgeführte Rechtsprincip, wie unten gezeigt werden wird, mit unserem positiven Rechte in näherer Verwandtschaft steht, als das von Ahrens aufgestellte.

Den Glanzpunkt der Encyclopädie Walters bildet eine anschauliche wohlabgerundete Darstellung des gesammten historisch ausgebildeten deutschen Rechtslebens, sowie des Völker- und Kirchenrechtes. Walter zeigt sich auch hier wieder als Meister in der oft bewährten Kunst in prägnanten, elegant stylisirten Sätzen frische, lebensvolle Bilder der verschiedenen Rechtsgebiete zu geben, und es macht diese Darstellung einen um so wohlthuenderen Eindruck als sie von einer ernsten gottinnigen Lebensansicht getragen wird. Der allgemeine Theil aber und die Verknüpfung desselben mit dem besondern ist die schwächere Seite des Buches. Zwar finden sich in jenem viele geistreiche, tiefe Bemerkungen, und in diesem wird bald hier bald dort die Deduction der Rechtsinstitute an die Natur der Lebensverhältnisse, an ethische Postulate und religiöse Motive angeknüpft. Allein eine klare und scharfe Begründung der obersten Rechtsbegriffe, und eine Verbindung des Gesammtstoffes mit ihnen zu einer großen organischen Gedankeneinheit zu geben, wie es Walter selbst durch ein umfangreiches Citat aus Friedländers Encyclopädie postulirt, wo die Erfordernisse einer guten encyclopädischen Darstellung in der That treffend und feinsinnig angedeutet sind, ist ihm nicht sonderlich gelungen. Wir sind weit entfernt dem von manchen Philosophen beliebten mechanischen Construiren der Rechtsinstitute nach einer vorher bereit gelegten Schablone das Wort reden zu wollen. Allein so wahr der göttliche Schöpfungsgedanke im allgemeinen seinem Wesen nach ein einheitlicher ist, so nothwendig muß auch an jede Forschung, die sich mit einem Haupttheile der Weltordnung beschäftigt, wenn sie anders auf volle Wissenschaftlichkeit Anspruch machen will, die Anforderung gestellt werden, auch in ihrem Gebiete die Einheit zu ergründen und das

Digitized by Google

alles Einzelne durchdringende System zwar nicht zu machen, aber jedenfalls zu finden.

Bei Bluhme endlich ist, wie schon bemerkt, die encyclopädische Darstellung des geltenden Rechtes entschieden die Hauptsache. Bei der Gründlichkeit, Schärfe und Deutlichkeit der allgemeinen Einleitung, welche zeigt, daß Bluhme, wenn er gewollt hätte, seinem Werke auch einen tieferen philosophischen Unterbau hätte geben und den Stoff speculativer durchdringen können, ist es zu bedauern, daß er sich freiwillig zum Nachtheile des Zweckes seines Werkes auf eine weit engere Sphäre beschränkt hat.

Das zweite Haupterforderniß zur Lösung der in Frage stehenden Aufgabe besteht, wie bemerkt, in dem richtigen Maßhalten bei der Auswahl und Anordnung des Materials, aus welchem sich die Rundschau der Rechtswissenschaft, welche die Encyclopädie zu geben hat, zusammensetzt. Es sind hiebei nach der Natur der Sache besonders drei Rücksichten zu beachten. Zuvörderst nämlich darf kein Theil der Rechtswissenschaft übergangen werden, sondern der Leser muß für jeden Zweig seiner Detailstudien in der Encyclopädie die Grundzüge vorgezeichnet und den Punkt angedeutet finden, wo er sie an das Ganze anknüpfen kann. Sodann muß darauf gehalten werden, daß bei der Darstellung der einzelnen Theile nicht zu viel und nicht zu wenig positiver Stoff herangezogen werde. Was zu viel und zu wenig ist, bestimmt sich durch die oben angegebene Stellung der Encyclopädie neben der juristischen Arbeitstheilung. Sie soll diese nicht überflüssig machen, also nicht so viel Stoff aufnehmen, daß ein Detailstudium der einzelnen Fächer überflüssig wird, indem namentlich, wenn sie in diesen Fehler fällt, die Gefahr nahe liegt, daß die Rechtscandidaten bei ihren Rechtsstudien sich auf die Encyclopädie beschränken und sich nur ein oberflächliches Wissen aneignen. Andererseits aber soll sie neben der Arbeitstheilung immerhin nicht ein dürres Skelet, sondern ein selbständiges mit Fleisch und Blut bekleidetes lebenskräftiges Bild der Rechtswissenschaft darstellen. Fürs dritte endlich muß darauf geachtet werden, daß alle Theile in einem harmonischen Gleichmaße stehen, nicht der eine ausführlich, der andere karg und spärlich behandelt werde. Eine Ueberschreitung dieser Regel ist theils von der Vorliebe des Verfassers für den einen oder andern Theil, theils von dem Umstande zu besorgen, daß manche Rechtstheile in der

Digitized by Google

bestehenden Arbeitstheilung noch keine Vertretung gefunden haben, und man nun ihre Pflege in der Encyclopädie nachholen zu müssen glaubt.

Es ist nicht zu verkennen, daß unsere vier Werke diese Grenzen nach verschiedenen Seiten hin überschritten haben. So finden wir bei Ahrens in mancher Beziehung zu viel, in mancher zu wenig Stoff. In der Rechtsgeschichte namentlich scheint er uns bei weitem zu viel Stoff aufgenommen zu haben. Er gibt in derselben einen Abriß der Rechtsgeschichte der orientalischen Culturvölker der Griechen, Römer und Deutschen. Was aber die Orientalen und die Griechen betrifft, so würde es jedenfalls genügt haben, nur den Geist und Entwicklungsgang ihrer Rechtsgeschichte in großen Zügen gezeichnet zu haben. Ein minutiöses Eingehen auf einzelne Institute und Thatsachen ist an dieser Stelle unfruchtbar, und wirkt durch Vermehrung des ohnehin hoch genug angeschwollenen Stoffes schädlich. Die Encyclopädie greift hier allerdings nicht in ein Specialfach der juristischen Arbeitstheilung ein, weil wir eben noch keine Universalrechtsgeschichte haben, allein sie hat auch nicht den Beruf diesen Defect zu ersetzen. Das referirende Eingehen auf die Rechtsgeschichte der Römer und Deutschen, ja sogar auf deren politische Geschichte, ist aber bei der Sorgfalt mit welcher diese Disciplinen als Specialfächer behandelt werden, vollkommen überflüssig. Während nun hier das Buch an Stoffüberfluß leidet, tritt alsbald der entgegengesetzte Fehler ein, in dem am Ende in der Darstellung der einzelnen Rechtszweige das Proceßrecht, das Kirchenrecht und das Strafrecht ganz über Bord geworfen und das Staatsrecht nur auf einige allerdings höchst interessante Bemerkungen beschränkt wird, so daß das Werk, während der Leser noch mit großer Spannung der Anwendung des vorangestellten Princips in wichtigen Hauptlehren entgegensieht, allmählich in Sand verrinnt. Die dafür angegebenen Gründe werden sich wohl bei einer zweiten Auflage, die dem geistreichen Buche gewiß nicht fehlen wird, beseitigen lassen. Außerdem hätten wir gewünscht, daß die Literärgeschichte in Bezug auf die französische und holländische Schule etwas genauer ausgearbeitet worden wäre, da es den Rechtscandidaten gewöhnlich an einer genaueren Kenntniß derselben fehlt, während ihre Koryphäen doch überall citirt werden.

Gegen Warnkönig haben wir gleichfalls zu erinnern, daß der

Digitized by Google

Rechtsgeschichte und namentlich der Geschichte der orientalischen Völker und der Griechen ein unverhältnißmäßig großer Raum gewidmet wurde, worin er Ahrens mit dem Beispiele voranging. Dagegen ist rühmend hervorzuheben, daß Warnkönig die Literärgeschichte durch die verschiedenen Schulen sehr deutlich und anschaulich durchführt, nur hielten wir es für zweckmäßiger, wenn sie nicht mit der Quellengeschichte verbunden, sondern zusammenhängend dargestellt worden wäre.

Am besten hat Walter wie in allen seinen Werken auch hier das rechte Maß in Bezug auf den Stoff getroffen. Sein Buch ist nicht zu umfangreich, nirgends ist zu viel Stoff angehäuft, kein Theil über den andern hervorgehoben. Nur hätten wir auch hier gewünscht, daß die Literärgeschichte nicht nach den einzelnen Fächern zersplittert, sondern übersichtlich zusammengestellt worden wäre.

Daß die Methodologie in keinem der vier Werke eine ausführliche Bearbeitung gefunden, wollen wir denselben mit Rücksicht auf ihren Zweck nicht hoch anrechnen, da sie aus den Vorlesungen und Einleitungsschriften vorausgesetzt werden kann. Nur Ahrens hat ihr einen kurzen Anhang gewidmet, in welchem er mit besonderem Nachdrucke die Berücksichtigung des philosophischen Elementes sowohl bei der Vorbereitung zum Rechtsstudium als innerhalb desselben empfiehlt. Wir unterschreiben dieß vollkommen, und man wird mit lebhaftem Interesse der von Ahrens in Aussicht gestellten größeren Abhandlung über die Methodologie entgegensehen.

Das dritte der erwähnten Erfordernisse endlich, nämlich das einer klaren und präcisen Darstellung des Gesammtinhaltes der Encyclopädie für den juristischen Lehrzweck, erfüllen alle vier Werke in ganz vorzüglichem Grade. Sie dürfen überhaupt der Form nach als Muster juristischer Behandlungs- und Darstellungsweise gerühmt werden.

Professor Dr. Hildenbrand in Würzburg.

Digitized by Google

IV.

Zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland.

Dr. R. Stintzing, Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. Basel 1857. Stadtrecht zu Freyburg im Breisgau von 1520. (Nüwe Stattrechten und Statuten der loblichen Statt Fryburg im Pryßgow gelegen.)

Die erste Hälfte des XVI. Jahrhunderts ist für die Geschichte von Deutschland nicht bloß durch die kirchliche Reformbewegung entscheidend. In demselben Zeitalter hat auch die Rechtswissenschaft eine Umgestaltung erfahren, welche für die folgenden Jahrhunderte von nachhaltigem Einfluß geworden ist. Eben damals wurde die Reception des römischen Rechts, welche in der letzten Hälfte des XV. Jahrhunderts vorbereitet worden, in Deutschland entschieden. Jedermann kennt die kirchliche, nur wenige wissen von der juristischen Veränderung jener Zeit. Das obige Buch gibt uns neue merkwürdige Aufschlüsse über die letztere.

Die kirchliche Bewegung suchte die hergebrachte Autorität Roms in religiösen Dingen zu stürzen, die juristische Bewegung im Gegentheil die Autorität Roms für die Rechtspflege neu zu begründen. Jene erhob ihren Widerspruch gegen das römische Dogma und die römische Hierarchie, indem sie in die Innerlichkeit der deutschen Religiosität sich vertiefte, und die Selbständigkeit des deutschen Charakters behauptete. Diese unterwarf sich dem römischen Gesetz, indem die höhere wissenschaftliche Ausbildung derselben ihr imponirte, und sie kein rechtes Vertrauen zu der nationalen Entwickelung des einheimischen Rechtes fassen konnte. Jene war im Grunde eben so deutsch als antirömisch, diese ebenso romanisirend als undeutsch. In solchen

Digitized by Google

Gegensätzen bewegte sich damals die Nation; zu einer richtigen Vermittelung derselben gelangte sie auf beiden Gebieten noch nicht.

In dem Leben von Ulrich Zasius oder Zäsi, der als der berühmteste Romanist seiner Zeit in Deutschland eine hervorragende Stellung in diesen Strebungen einnahm, spiegelt sich der Charakter der Zeit deutlich ab. Wir sind daher dem Autor des genannten Buches zu Dank dafür verpflichtet daß er uns ein so anschauliches Bild dieses Lebens vorgelegt hat.

Die äußeren Schicksale des Mannes sind nicht ungewöhnlich. Sie überschreiten nirgends die gemäßigte Zone des bürgerlichen Gelehrtenlebens. Zäsi stammte aus einem Constanzergeschlecht, dessen Name schon auf den alamannischen Ursprung hindeutet. Er wurde im Jahre 1461 geboren und erlangte in der Domschule zu Constanz seine erste humanistische Bildung zu einer Zeit, als die scholastische Methode noch in voller Herrschaft war. Auf der Universität Tübingen, wo er im Jahre 1481 immatriculirt ward, fand nach damaliger Lehrweise das canonische Recht vorzügliche Vertretung. Zasius wurde wohl auch darin unterrichtet; aber seine eigentliche juristische Bildung erwarb er damals noch nicht. Nach seiner Rückkehr in die Vaterstadt wurde er in der bischöflichen Kanzlei und von Seite der Stadt als Rechtskundiger verwendet, und nachdem er einigen Ruf erlangt hatte, im Jahre 1791 als Stadtschreiber nach Freyburg im Breisgau berufen. Erst hier begann er tiefere juristische Studien. Die Neunzigerjahre waren durch den Kampf der Humanisten wider die entartete Scholastik lebhaft bewegt. In dem unmittelbaren Studium des classischen Alterthums erfrischten jene ihren Geist und wagten es die steifen und pedantischen Formen der alten Schulgelehrsamkeit zu durchbrechen. An diesen Reformbestrebungen in der Wissenschaft betheiligte sich auch der Stadtschreiber von Freyburg mit großer Freudigkeit und Eifer. Er legte sogar sein Stadtschreiberamt nieder und nahm die Stelle eines lateinischen Schulmeisters in Freyburg an, um sich ganz dieser humanistischen Thätigkeit hinzugeben. Aber die philologischen Studien hielten ihn doch nicht fest. Sie dienten ihm nur zur Vorstufe für eine höhere Jurisprudenz, als er früher gekannt hatte. Ernster und freier studirte er nun das römische Recht in den Quellen, anfangs unter der Anleitung des Mailänders Paulus Cittadinus, der als Legum ordinarius in Freyburg lehrte.

Digitized by Google

Schon ein reifer Mann ließ er sich 1499 neuerdings unter die akademischen Bürger aufnehmen, und erlangte 1501 die Würde eines Doctor legum (der kaiserlichen Rechte). Nach dem Abgang des Cittadinus 1506 wurde er zu dessen Nachfolger ernannt, nachdem das anfängliche Widerstreben der Facultät den Verwendungen der Bürger und der Studenten von Freyburg gewichen war. In dieser Stellung verblieb er bis zu seinem Tode (November 1535), obwohl er in vorübergehendem Mißmuthe wiederholt daran dachte, dieselbe zu verlassen.

Mit voller Liebe widmete er sich dem Beruf eines Universitätslehrers und war für denselben mit der glücklichsten Naturanlage ausgestattet. Seine Vorträge waren ausgezeichnet durch Klarheit der Gedanken, durch Schärfe des Urtheils, durch Lebendigkeit, Frische und Unmittelbarkeit der Sprache, durch sittlichen Ernst, der nach der Wahrheit rang und sich nicht durch eitle Ziererei von dem Ziele weglocken noch durch kleinliche Aengstlichkeit in Nebendingen aufhalten ließ. Er machte seine Lehren gern in praktischen Beispielen anschaulich und verschmähte auch den Humor nicht in seiner Polemik gegen die spitzfindigen Distinctionen der Scholastiker. Studirende förderte er auch außer dem Hörsaal willig in ihren Privatstudien, regte sie zu Fragen und Einwürfen an, und nahm einzelne talentvolle Jünglinge in sein Haus auf. In hohem Grade wurde er von den Studenten verehrt, und viele Schüler blieben ihm auch in ihrem spätern Leben durch dankbare Anhänglichkeit und treue Freundschaft verbunden. Wie einflußreich seine Lehrerwirksamkeit war, kann man daraus entnehmen daß eine große Zahl der angesehensten Juristen ihm vorzüglich ihre Bildung verdankten. Urbanus Rhegius, Johann von Eck, Bonifacius Amerbach, Johann Sichard, Johann Fichard, Joachim Mynsinger waren eine Zeitlang Kostgänger oder doch vertraute Schüler des Zasius. Mit Amerbach war er mit der Liebe eines geistigen Vaters und geistigen Sohnes aufs innigste verbunden. Von den genannten erwies sich nur Eck undankbar gegen den früheren Lehrer. Zasius genoß vielfältig die Gunst des Kaisers Maximilian, des Erzherzogs Albrecht und später des Erzherzogs Ferdinand wie der Stadt Freyburg; aber seine rechtliche Ueberzeugung vertrat er alle Zeit mit männlichem Freimuth. Wie er in dieser Hinsicht dachte, zeigt seine Auffassung der juristischen Doctorwürde, die, wie er schreibt, „man nicht erwirbt,

Digitized by Google

um sich dem Dienst der Höfe zu verschreiben und mit ihrem Stempel brandmarken zu lassen, auch nicht um sich im Schmutz der Gerichtshöfe und Consistorien herumzuwälzen — sondern um das Recht zu sprechen und zu lehren, Zweifel zu entscheiden und den Staat zu lenken. Dieß kommt einem ordentlichen Doctor zu, jenes widerspricht unserm Beruf, dieß nützt den Völkern, jenes richtet sie zu Grunde."

Mit seiner Lehrthätigkeit verband er fortwährend eine praktische Wirksamkeit als Rechtsconsulent der Stadt Freyburg und der österreichischen Landesherrn; eine literarische, indem er mehrere juristische Werke und Streitschriften veröffentlichte, und mit den bedeutendsten Zeitgenossen correspondirte; und eine gesetzgeberische, als Bearbeiter des Freyburger Stadtrechts.

Bevor wir seine Bedeutung für die Rechtswissenschaft charakterisiren, die uns hier zunächst interessirt, ist in Kürze sein Verhältniß zur Kirchenreformation anzudeuten. Wie fast alle strebenden und denkenden Männer jener Zeit fühlte auch er sich anfänglich von Luther mächtig angezogen. Die Liebe zu dem classischen Alterthum hatte ihn zuvor schon mit Erasmus verbunden: von Luther hoffte er eine Erneuerung und Reinigung des Christenthums. „Erasmus", schrieb er, „hat die Schule der Wahrheit eröffnet. Er hat lange wie Cocles allein auf der Brücke den Kampf geführt; jetzt ist Luther ihm an die Seite getreten." Aber die Reformation ging weiter, als er billigen konnte. Als Jurist hielt er an der Autorität des canonischen Rechts fest, und erklärte es in einem Briefe an Luther für Unrecht, einen Rechtszustand, der seit unvordenklichen Zeiten gegolten, umstürzen zu wollen, wenn nicht die besten und dringendsten Gründe es erfordern; und sein religiöses Gefühl gerieth mit der lutherischen Lehre in mehrfachen entschiedenen Widerspruch. Er rühmte die Wahrheiten welche Luther über die Gnade, den Ablaß, über die Buße gelehrt habe. „Aber", fährt er in einem Briefe an Zwingli fort, „seine Behauptung von der Sündlichkeit der guten Werke ist so unerhört daß man sie kaum versteht. Daß der welcher Gutes thut, trotzdem sündigt, seiner Unvollkommenheit wegen, gebe ich zu; ich stimme darin Luther bei und freue mich dieser Lehre welche den Stolz beugt und die Liebe zu Gott entflammt. Aber ich sehe daß die Wittenberger weiter gehen und sagen wollen daß wer Gutes thut, sündige, indem er Gutes thue. Das kann ich nicht verstehen; es

Digitized by Google

scheint mir geradezu abgeschmackt. Die Wittenberger fahren fort, den Eck zu bekämpfen, auch wo er Recht hat, und dabei verderben sie sich selbst. Möchte doch ein redlicher Mann den Luther ermahnen daß er nicht so weit ausschweife, daß er die Mäßigung einhalte, die er selbst überall lobt, daß er unter sein Gold nicht Schlacken mische." Ein andermal schreibt er: „Könnte Erasmus sich entschließen, so unerschrocken zu schreiben und so schneidend zu folgern, wie Luther, oder wenn umgekehrt Luther die Bildung, Beredsamkeit, Mäßigung und Klugheit des Erasmus sich erworben hätte — würden die Himmlischen wohl ein herrlicheres Wesen schaffen können? Beiden will ich wohl — aber den Erasmus ziehe ich vor."

In den heftigen Parteikämpfen, welche überall entbrannten, und unter denen auch Freyburg litt, die Stadt und die Universität, nahm Zasius eine Mittelstellung ein, ähnlich wie Erasmus, das Haupt der Humanisten, und wie Pirkheimer in Nürnberg, mit welchen beiden er enge befreundet blieb. Wie Erasmus wünschte er eine Reinigung der Kirche, aber keine Trennung, und behauptete sein Recht, das Gute überall anzuerkennen, wo er es finde, bei den Altgläubigen wie bei den Neugläubigen, und die Irrthümer und Fehler beider Parteien zu verwerfen. Die reformirte Abendmahlslehre reizte ihn zu heftigen Klagen über die Frevel der Ketzerei. Aber er hörte nicht auf, auch die Verstocktheit und die blinde Wuth der katholischen Partei zu tadeln, und verlangte auf beiden Seiten mehr Duldsamkeit. Nach Basel schrieb er an Amerbach: „Während man bei euch in der Ketzerei verrückt geworden ist, rast man hier unter der Herrschaft des Christenthums. Wenn der Clerus jemals verdorben gewesen ist, so ist er es jetzt doppelt. Euern Wahnsinn mißbraucht man hier zum Wüthen." Und als die katholischen Priester von Basel nach Freyburg geflüchtet waren, äußerte er gegen seinen jüngern Freund: „Ich lobe Deinen Entschluß, den Ort (Basel) nicht zu verlassen durchaus; denn auf beiden Seiten fehlt es an Redlichkeit, Treue und Reinheit; bei uns, je mehr Pfaffen da sind, desto weniger Frömmigkeit! Petrus blieb mitten in Babylon, nämlich in Rom, unbefleckt, während Judas unter den Aposteln verdarb. Müßte ich dort drüben wohnen, so würde ich unter den Andersglaubenden unerschrocken mir treu bleiben und mit Gott vertraut."

Diese kritische Haltung zwischen den beiden Hauptparteien trug

Digitized by Google

ihm von beiden Seiten Vorwürfe ein; und er besaß die Macht nicht in seinem Sinne einzugreifen. Der Eifer der Theologen war damals in diesen Dingen durchaus entscheidend, und kein Staat vermochte es noch eine unbefangene und selbständige Rechtsstellung außer und über dem confessionellen Streite zu behaupten. In der persönlichen Haltung unsers Juristen aber können wir ersehen, wie damals schon der spätere Staatsgrundsatz des confessionellen Friedens und religiöser Bekenntnißfreiheit seine ersten Keime trieb.

Erfolgreicher war die juristische Wirksamkeit des Mannes. Durch das ganze Mittelalter hindurch erhielt sich die Idee des römischen Kaiserthums und des römischen Reichs und stellte einen geistigen Zusammenhang her zwischen der alten Civilisation der Römer und der Cultur der Deutschen. Die deutschen Könige waren so als römische Kaiser die Nachfolger geworden der römischen und der byzantinischen Kaiser, und ohne Kritik nahm man es als selbstverständliche Wahrheit an, daß auch die römische Gesetzgebung des Kaisers Justinian ein Kaiserrecht bilde, dessen Autorität im heiligen römischen Reiche fortlebe. Man dachte bei dieser Idee indessen durchaus nicht ernstlich an ihre Verwirklichung im einzelnen. Sie diente vornehmlich um die bestehende Reichsordnung mit dem Glanze der römischen Weltherrschaft zu schmücken und das geltende Recht mit der ehrfurchtweckenden Hoheit der römischen Rechtscultur zu adeln und zu heiligen. Die Macht und das Recht des deutschen Königs blieb dessenungeachtet ganz und gar verschieden von der Macht und dem Recht des alt-römischen Imperators; und ebenso blieb das übliche Recht des Volkes völlig deutsch. Nur das canonische Recht, welches großentheils aus dem römischen erwachsen war, aber germanische Bestandtheile in sich aufgenommen hatte, vermochte unter der Pflege der Geistlichkeit — freilich nur innerhalb enger Gränzen — tiefer in die einheimischen Rechtsgewohnheiten einzudringen. Jede nähere Bekanntschaft mit dem römischen Rechte war auch im XV. Jahrhundert in Deutschland noch sehr gering.

Der einzige Weg welcher zu der Kenntniß des römischen Rechts führen konnte, war der einer gelehrten Erziehung; denn nur in lateinischen Büchern war es zu finden. Aber der größere Theil des Adels, die Masse der Bürger, die Bauern konnten die lateinischen Bücher nicht lesen. Für diese alle existirte das römische

Digitized by Google

Recht nur in der Phantasie wie eine leuchtende Wolke am fernen Horizont, nicht in festen und greifbaren Gestalten. Und wo sollten die Wenigen, welche sich für einen gelehrten weltlichen Beruf vorbereiteten, das römische Recht erkunden? Allerdings zogen manche junge Männer in dieser Absicht nach Italien, später auch nach Frankreich und folgten auf den dortigen Universitäten den Vorträgen der Legisten. Die Anzahl der Doctoren mehrte sich auch in Deutschland während des XV. Jahrhundert zunehmend, und als Räthe der Fürsten wie als bestellte Richter kamen sie zu steigendem praktischen Einfluß, oft zum großen Aerger der ungelehrten Ritter, welche die neuen fremden Theorien der Gelehrten nicht verstanden, und für ihre hergebrachten Gewohnheiten und für ihre nun bedrohte politische Stellung kämpften. Gegen Ende des XV. Jahrhunderts war es zwischen den beiden Parteien, dem neuen gelehrten und dem alten kriegerischen Adel zu heftigem Streite gekommen. So lange aber die römische Rechtsschule nicht in Deutschland selbst feste Sitze erwarb, war ihr Einfluß ganz unsicher, beschränkt und zufällig. Wie stand es damit?

Auf den deutschen Universitäten hatte noch während des XV. Jahrhunderts das canonische Recht den ersten Rang. Das römische Recht wurde entweder gar nicht gelehrt, oder doch nur in zweiter Linie. So galt Prag (gestiftet 1347) lediglich als eine Universität für Canonisten. Die Stiftungsbulle für Wien von 1365 erwähnt zwar neben dem jus canonicum auch das jus civile, aber erst seit 1494 wurde römisches Recht wirklich gelehrt; in Heidelberg (1444) wurden 1452 Vorlesungen über den Codex und die Institutionen gehalten, und zuerst 1498 ein professor pandectarum angestellt. In Leipzig (1409) wurde 1457 kümmerlich für die Besoldung eines Legisten und erst seit 1502 ausgiebiger für römisches Recht gesorgt. In Freyburg (1455) finden wir seit 1479 nur gelegentlich einzelne Legisten neben den Decretisten, erst seit 1490 wird die Vertretung der Leges ständig. Dagegen erscheinen in Ingolstadt (1459) seit der Eröffnung der Universität 1472 und ebenso in Tübingen (1476) Legisten, wenn auch in minderer Zahl als die Decretisten. Nur in Rostock (1419), in Greifswalde (1456) und in Basel (1460) ist das römische Recht etwas früher vertreten, aber auch da steht es noch hinter dem canonischen zurück. Lange Zeit gilt das erstere nur als Einleitungsstudium zum letzteren.

Digitized by Google

Nicht minder charakteristisch ist es, daß die meisten Professoren des römischen Rechts im XV. Jahrhundert noch Italiener sind. Deutsche finden sich nur ausnahmsweise.

Die wissenschaftliche Kunde des römischen Rechts war also bis in die Neunzigerjahre des XV. Jahrhunderts noch sehr wenig in Deutschland verbreitet. Von da an aber seit der Gründung des Reichskammergerichts nahm dieses Studium allgemein überhand und trat nun in den Vordergrund der juristischen Disciplinen, besonders seitdem die Autorität des canonischen Rechts durch die Kirchenreformation erschüttert ward. Das einheimische Recht erhielt leider auf den Universitäten gar keine Vertretung. Aller Unterricht war und blieb lateinisch und ausschließlich den fremden Rechten zugewendet. So änderte sich allmählich und zunächst durch den Einfluß der Schule die Auffassung des Rechts unter den Juristen, und von den Universitäten wurde nun in steigendem Maße die römische Lehre in die Praxis der Gerichte übergetragen. Der Baseler Professor Petrus de Andlov klagte noch ums Jahr 1460, daß die Anwendung des römische Rechts in Deutschland fast gänzlich unbekannt sey, und daß die Richter es vorziehen nach ihrem unsichern eigenen Ermessen zu urtheilen. Schon im Jahre 1516 aber klagte Ulrich von Hutten, „der Zustand Deutschlands sey glücklicher gewesen, bevor die Theologen mit ihrem Scotus und Thomas und die Juristen mit ihrem Bartholus und Baldus eingezogen seyen, und pries die Sachsen am baltischen Meere, die gesund an Körper und Geist in alter Sitte und Einfalt leben, keine Aerzte brauchen und keine Juristen dulden."

An dieser Umgestaltung der Rechtswissenschaft hatte Zasius einen hervorragenden Antheil, da er mit Recht als der erste deutsche Romanist seiner Zeit angesehen wurde und weithin als Lehrer und Schriftsteller wirkte. So verschieden die Richtungen der kirchlichen und der juristischen Reform waren, in Einer Beziehung trafen sie doch zusammen. Sowohl die reformatorischen Theologen als die Juristen mißtrauten der herkömmlichen Ueberlieferung und der bisherigen Schule, und wollten die gereinigte Religion und das gereinigte Recht unmittelbar aus den ursprünglichen Quellen, jene in der Bibel, diese im Corpus Juris schöpfen. Wie Luther gegen die mittelalterliche Philosophie und Dogmatik ankämpfte, so Zasius — nur weniger heftig — gegen die Lehre der Scholastiker und

Digitized by Google

Gloſſatoren. Die Verjüngung der römiſchen Rechtswiſſenſchaft im Geiſt der Römer lag dieſem vorzüglich am Herzen: deßhalb gieng er überall auf die Schriften der Römer ſelbſt zurück, die in dem Wuſt der Commentare und Controverſen, den die Italiener aufgehäuft hatten, begraben lagen. Die humaniſtiſchen Studien, denen er zuvor ſich hingegeben hatte, trieben nun ihre Früchte in der Jurisprudenz. Mit dem deutſchen Zaſius und dem Franzoſen Alciat, ſeinem geiſtesverwandten Zeitgenoſſen, beginnt für die Rechtswiſſenſchaft eine neue claſſiſchere Periode, in welcher freilich die Franzoſen im Verfolg ſich weit mehr Verdienſt erwarben als die Deutſchen, die ſich eifriger den theologiſchen Kämpfen zuwendeten. Bald wurde in Deutſchland die neue juriſtiſche Scholaſtik lederner, pedantiſcher, geiſtloſer betrieben als ſie zuvor in der italieniſchen Jurisprudenz geworden war, wider die ſich Zaſius erhoben hatte.

In dem Studium des römiſchen Rechts gieng damals den Juriſten das wiſſenſchaftliche Bewußtſeyn des weltlichen Rechtes zuerſt auf. Die principielle Klarheit der römiſchen Rechtsgedanken und der römiſchen Rechtsſprache eröffnete ihnen eine neue Weltanſchauung, in ähnlicher Weiſe wie das erneuerte Studium der claſſiſchen Literatur überhaupt die Geiſter von der Beſchränktheit der mönchiſchen Erziehung frei machte und ihnen neue hellere Lebensbilder aufſchloß. Nicht um ſich einer fremden Autorität knechtiſch zu unterwerfen, ſondern um geiſtig-bewußt und frei zu werden in der Schule des Alterthums, gaben ſich gerade die muthigſten und ſtrebendſten Köpfe mit Begeiſterung dieſen Studien hin. Sie unterſuchten nicht, worauf die Autorität des Corpus Juris für Deutſchland beruhe, noch machten ſie ſich die Gränzen ihrer Herrſchaft klar. Die Weisheit darin, die lichtvollen Wahrheiten derſelben eroberten die Herzen und die Köpfe der nach Wiſſenſchaft dürſtenden Männer. Sie unterſchieden nicht näher zwiſchen der Geſetzeskraft und der rationellen Autorität der römiſchen Rechtsbücher. Aber ſie faßten doch auch dieſe nicht und noch weniger jene als eine abſolute, unabänderliche und unabweisbare. Zaſius iſt noch frei von der Pedanterei des ſpäter in Deutſchland herrſchend gewordenen Irrthums, daß das geſammte Geſetzbuch Juſtinians formelle Geſetzeskraft auch für Deutſchland habe. Er lehrt und empfiehlt das römiſche Recht nur in ſo weit, als es „nützlich, heilſam und den Sitten Deutſchlands entſprechend“ ſey, d. h. er hebt

Digitized by Google

die noch brauchbaren Wahrheiten desselben hervor und läßt das antiquirte bloß römische zur Seite. Er findet hier freilich noch nicht das richtige Maß; es fehlt ihm noch die wissenschaftliche Erkenntniß des einheimischen Rechts, dessen Vergleichung mit dem römischen leicht die übertriebenen Vorstellungen von der Anwendbarkeit des letztern beschränkt hätte; er sieht das einheimische Recht, nach der Sitte der Zeit, gewöhnlich in romanischen Farben, und wendet die römische Terminologie auf Verhältnisse an, zu denen sie nicht paßt. Auch er hat Theil an der Schuld einer unberechtigten und unverständigen Romanisirung des nationalen Rechtsstoffs. Aber hätte ein anderer ihm diese Fehler aufgezeigt, er hätte sie willig verbessert. Das energische Nationalgefühl das ihn beseelt, seine aufrichtige Wahrheitsliebe und sein durchdringender Verstand bürgen dafür. Er läßt sich von seiner Liebe zum römischen Recht weiter treiben als wir billigen können; aber doch nicht so weit und nicht so schrankenlos als der gelehrte Knechtseifer die Späteren hinreißt. Er erkennt sogar die Entwicklungsfähigkeit alles Rechts und daher die Fortbildung und Wandelung auch der kaiserlichen Rechte an, und trägt so dem Fortschritt der Zeit gebührende Rechnung*). Mit einer solchen Grundanschauung verträgt sich die gedankenlose Unterwürfigkeit unter eine vor tausend Jahren unter einem fremden Volke verfaßte Gesetzgebung, wie sie uns noch im XVIten, besonders aber im XVIIten Jahrhundert in Deutschland überall begegnet und sogar heute noch auf den Universitäten nicht völlig überwunden ist, sicherlich nicht, und wir dürfen sie daher auch nicht Zasius zuschreiben.

Das römische Recht hatte aber neben seinem anerkannten Bildungswerthe noch eine andere Bedeutung, welche ihm die Neigung der denkenden Juristen damals zuwandte. Das Mittelalter hatte in seinem reichen genossenschaftlichen Bildungstrieb eine unübersehbare Masse von besonderen Statuten der einzelnen Städte und Herrschaften hervorgebracht. Diese Mannigfaltigkeit war damals wissen-

*) Die Vorrede des Freyburger Stadtrechts stützt das Bedürfniß einer Erneuerung des Stadtrechts auf die Veränderlichkeit aller menschlichen Dinge „dergestalt das menschlich art gar offt by alten Satzungen nit bestan, wo sy nit vß erheischung der nottürft mit nüwen versehen vnd ersetzt würden, dann nit allein die Satzungen der Stetten, sonder ouch die Kaiserlichen geschribnen recht nit allweg in glichem inhalt gehalten werden mögen."

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

schaftlich nicht zu bewältigen; sie erschien überdem großentheils willkürlich und zufällig. Das römische Recht dagegen war einheitlich, in einem großen Weltreich entstanden, und betrachtete die Dinge von einem höhern Standpunkte. Die particuläre Rechtskunde fand außerhalb des engen Gebietes des besonderen Gerichtsbezirks keine Anerkennung mehr; auf das römische Weltrecht konnte sich der Jurist überall in Deutschland und über die deutschen Gränzen hinaus auch in Italien und Frankreich berufen. Das deutsche Recht sonderte und zersplitterte das Studium und die Anwendbarkeit des Rechts, das römische Recht gewährte Einheit und Gemeinschaft. Der Fortschritt der deutschen und der europäischen Civilisation schien durch die Aufnahme desselben bedingt.

Schon in dem Reichsabschied von 1342 zeigt sich dieses Bedürfniß. Eben um der Ungleichheit des Rechts entgegenzuwirken, wurde damals das kaiserliche Hofgericht angewiesen, „nach konig und keisern seiner vorfaren an dem romischen riche gesetzen und ire geschriben rechten" zu urtheilen. (Kraut, Grundriß §. 26, 10.) Diese Anweisung kam damals noch zu früh; sie konnte aus Unkunde des römischen Rechts nicht ernstlich beachtet werden. Es folgte diesen ersten Versuchen, das römische Recht einzubürgern, bald eine starke Reaction. Der Pfalzgraf Ruprecht II. von der Pfalz erließ im Jahre 1395 eine Verordnung, worin es heißt: „wann wir auch kundlichen wohl merken daß Lande und Leuthen gemeinlich großer Schad und Irrunge offenstanden ist und merklichen offensteht vor das Kayßer Rechte und beschrieben Rechte in diesen Lenden als gar vergangen ist, drum setzen wir daß die beschrieben Rechte unsern vorgenannten Landen am Rhein wieder sollen beschrieben geben werden in Büchern, daß sie unsere Stätt und Dörfer darnach gerichten mögen." (Stintzing S. 328.) Die Reformation Friedrichs III. verordnete: „Alle Doctores der Rechte, sie seyndt geistlich oder weltlich — sollen an kaynem gericht bey kaynem Rechten, auch in kayns Fürsten oder andern Räthen mehr gelitten — sunder gantz abgethan werden." Sie werden darin Stiefväter und nicht die rechten Erben des Rechts genannt. (Kraut, Grundriß §. 26, 22.) Aber unaufhaltsam erneuerte sich die bekämpfte Tendenz, und endlich errang sie den Sieg.

Aehnliche Bewegungen nehmen wir ziemlich gleichzeitig auch in Frankreich wahr. Den französischen Romanisten lag aber vor-

Digitized by Google

zugsweise die politische Einheit des Staates im Sinn, welche durch die Autorität des römischen Rechts gehoben wurde. Mit ihrer Hülfe richteten die französischen Könige ihre volle und absolute Souveränetät auf, und brachen sie die Selbständigkeit des Adels. In Deutschland dagegen ließ sich auf diese Weise nur eine privatrechtliche Einheit erzielen. Die Aristokratie der Landesherrn beutete den absoluten Gehalt der römischen Staatshoheit für sich aus und ließ dem deutschen Könige nur den Schein der einheitlichen Würde.

Auch jene privatrechtliche Einheit und Gemeinschaft war indessen ein großer Gewinn, den Deutschland den Romanisten verdankt. Es scheint überhaupt eine Bestimmung Roms zu seyn den Deutschen die Einheit zu lehren. An der großartigen Einheit des römischen Rechtes rankte allmählich die nationale Einheit des gemeinsamen deutschen Privatrechts wieder empor. Ohne die Reception des römischen Rechts wäre das Bewußtseyn dieser Einheit schwerlich wiedererwacht und die particuläre Zerfahrenheit und Zersplitterung kaum zu überwinden.

Das praktische Bedürfniß nöthigte von Zeit zu Zeit den Widerspruch zwischen den fremden und den einheimischen Rechtsinstituten und Rechtsregeln durch die Gesetzgebung auszugleichen. Auch zur Zeit von Zasius wurde ein merkwürdiger Versuch der Art von ihm selber unternommen. Das Freyburger Stadtrecht von 1520 ist von ihm redigirt, und da sehen wir an einem unzweideutigen Muster, wie er sich auch die Anwendbarkeit des römischen Rechtes gedacht hat. Eben hier zeigt sich's, daß er kein blinder und kein pedantischer Romanist war und auch den einheimischen Sitten und Rechtsansichten gerecht zu werden sich bestrebte. Obwohl Zasius leichter lateinisch als deutsch schrieb, so ist doch die Sprache dieses Rechtsbuchs — und damit auch ein wesentliches Stück des Inhalts — deutsch, und viel besser deutsch als andere spätere Gesetzeswerke, als z. B. das Bayrische Landrecht von Kreittmayr. Er vermeidet die römischen Kunstausdrücke möglichst und schreibt so deutlich daß jeder Bürger es versteht.

Stintzing hat in seinem trefflichen Buche dieses Stadtrecht nicht ausreichend gewürdigt. Um so eher wird es sich rechtfertigen, wenn wir hier diese Ergänzung seiner Arbeit versuchen und dieses Stadtrecht näher in Betracht ziehen.

Digitized by Google

Das Rechtsbuch enthält eine ziemlich umfassende kurze Gesetzgebung über Proceß, Privatrecht und Strafrecht. Am ausführlichsten ist der Proceß bedacht in dem ersten Tractat (14 Titel). Es finden sich aber auch hier manche privatrechtliche Bestimmungen. Von Anfang an spricht sich die Tendenz der Rechtsgleichheit aus zwischen Bürgern und andern Einwohnern (den Söldnern). Die Vorrechte der ersteren werden beseitigt. Der zweite Titel handelt „von ungehorsami." Wenn der Schuldner sich verbirgt, so setzt der Richter nach dreimaliger vergeblicher Ladung zu Haus und Hof, die zum Ueberfluß noch ein viertesmal wiederholt wird, nachdem er die Klage gehört und ihre Bescheinigung (glouplich anzöig) erfahren hat, den Kläger in des Schuldners Gut, liegendes und fahrendes, auf so viel ein, als ungefähr die Schuld mit Kosten deckt. Der Kläger hält das 6 Wochen und 3 Tage, sammt den Früchten die er nicht genießen darf, sondern nur behüten soll. Kommt der Schuldner inzwischen, so befreit er sein Gut, indem er den Gläubiger sicherstellt; kommt er nicht, so wird er neuerdings öffentlich geladen binnen 14 Tagen zu Recht zu stehen, widrigenfalls die besessenen Güter vergantet werden. Tit. 3. „Von dem bequemlichen Richter." Ordentliches Gericht der Bürger ist das Stadtgericht mit dem Schultheißenstab oder Bürgermeister und Rath. Im Zweifel, ob ein Handel geistlich oder weltlich sey, soll der Rath um Entscheid gefragt werden. Fremde Schuldner dürfen in Freyburg durch die Stadtknechte auf Begehren der Gläubiger „gehaftet" und zum Gelübde angehalten werden daß sie entweder zahlen oder hier zu Recht stehen. Ein „Verbot" oder Arrest muß binnen 14 Tagen vor Gericht gerechtfertigt werden, widrigenfalls er „tod und ab ist." Der vierte Titel schützt die Parteien vor „verdächtigen Richtern." Im fünften Titel findet sich die extraordinaria cognitio des Prätors in umgebildeter Gestalt. Vater und Kind und Ehegatten sollen nicht wider einander klagen in Sachen welche die Ehre verletzen, sondern ihre Beschwerden dem Bürgermeister, Obristmeister oder Schultheißen anbringen, die Gewalt haben das Nöthige zu thun oder an die Räthe zu bringen.

Im Gegensatze zum mündlichen Proceß wird „in schweren Sachen" schriftliches Verfahren gestattet. Das Gericht entscheidet über die Zulässigkeit der schriftlichen Form. Am rechten Ort findet sich hier der beachtenswerthe Zusatz: „Subtilheiten der recht

Digitized by Google

sind in diesen satzungen hindan gestelt, dann uns nach gelegenheit diser Statt Fryburg und deren inwoner nit nütz vnd not beducht vns zu vilen subtilikeiten der rechten in disen satzungen zu verflechten." Die „Kriegsbefestnung" tritt ein, wenn der Beklagte auf die Klage geantwortet hat. Der Eid „für geferd" ist jeder Zeit erlaubt und darf sich keiner dessen weigern. Auch der Richter kann ihn von sich aus fordern.

Merkwürdig ist der neunte Titel „von Bewysung." Neu ist die Einführung der heimlichen Zeugeneinvernahme in schweren Sachen. Aber die Parteien erhalten nachher Abschrift. Wichtiger sind die Bestimmungen über die „Kuntschaft", welche sich an die alten Begriffe der offenkundigen und daher nicht weiter zu beweisenden Rechtsgeschäfte anschließen. Der Uebergang in das neuere Recht aber ist deutlich wahrzunehmen: „Besigelt brieff geben gut kuntschaft. Es sollen ouch handschrifften bewysung thun." Läugnet der Schuldner seine Handschrift ab, so verfällt er in schwere Strafe. „Alt Rödel, es syent dingkrödel, zinßrödel, vrbar vnd andre alt schrifften, die in beschloßnen gemeinen behalten vnd mit gemeinen schlüßeln verwart sind, geben gut kuntschafften." Ebenso: „Jarzitbücher, selbücher, vnser Statt zinsbücher, gewerfft vnd rechenbücher, so in unserm kouffhuß ligen; item schuldbücher, so zu zyten durch vnser koufflüt vnd hantwercker gegen den ihenen gemacht werden, die war von inen kouffen oder arbeit nemen, wo die on argwönig vnd ordentlich gemacht, ouch die schultherren ir gewerb vnd handwerck offrecht vnd erberlich füren vnd eins guten lümbdens vnd wesens sind, die mögen ouch bewysung thun, doch nach vnser oder eines gerichts muttmaßen vnd erkantnuß, sunst nit". Ueber die Einrichtung der Handels- und Handwerksbücher gibt das Stadtrecht nähere Vorschriften. „So sich erscheint das einer varende hab iar vnd tag vnd ligende güter zehen jar lang im guten glouben vnd onangesprochen ingehabt, der hat nach unser Statt pruch kuntschafft gnug zu dem eigenthumb." (Ausnahmsfälle werden aber vorbehalten.) Haben beide Parteien für ihre Behauptungen etlichermaßen „Anzeige gethan", aber dieselbe doch „nicht genugsam bewiesen", so entscheidet das Gericht nach vernünftigem Ermessen, welcher Partei vorzugsweise der Eid anzuvertrauen sey.

In Titel 11 wird neben der Appellation der Parteien der alte Gebrauch des Zugs vom Gericht an den Rath beibehalten.

Digitized by Google

Zur Verfolgung der Urtheile wird (Tit. 12) zuerst die „fahrende Habe" des Schuldners, dann die Schulden, die er zu fordern hat, dann das „liegende Gut" angegriffen und auf die Gant gebracht. Liegende Pfänder werden 3 Sonntage hinter einander von der Kanzel im Münster ausgerufen und am 3ten Sonntag Abends auf dem Markt vor dem Münster öffentlich verkauft und die Veräußerungen Tags darauf vor dem Rathe gefertigt (Tit. 13). Andern Pfandgläubigern oder Realgläubigern, deren Rechte früher durch diese Vergantung bedroht waren, wird noch eine Jahresfrist verstattet, um ihre Rechte an den Liegenschaften geltend zu machen. Wer Eigenthum an dem „gefronten Gute" zu haben behauptet, muß dasselbe binnen 8 Jahren unter Anwesenden, und 10 Jahren unter Abwesenden verfolgen, widrigenfalls der Gantkäufer der das Gut „in gewer und ersitzung" gebracht hat, vor weiterer Ansprache sicher ist. Andere laufende Gläubiger können noch ein Jahr lang gegen Befriedigung des Gantkäufers das Gut zu ihrer Deckung an sich ziehen, aber nur, wenn sie am Gantabend ihre Forderungen angemeldet haben. Das Unterpfand sichert den Gläubiger nur für zwei „versessene Zinse" und den laufenden Jahreszins, wenn noch andere Gläubiger da sind, die der Deckung bedürfen.

Der vierzehnte Titel behandelt die „bekanntlichen Schulden" oder die dafür geachtet werden, sie seyen verbrieft oder nicht. Der Gläubiger darf für solche Forderungen, ohne daß es einer weitern Rechtfertigung bedarf, mit Erlaubniß des Bürgermeisters, Schultheißen oder Obristmeisters im Begleit eines Stadtknechts dem Schuldner ins Haus gehen und von ihm „Geld oder Pfand heischen." Läßt sich der Schuldner finden und hat er keine Einrede, so wird sofort gepfändet. Hat er eine Einrede und gelobt er dem Stadtknecht an Eides Statt, daß er das nicht aus gefährlichem Verzug, sondern aus Nothdurft und in gutem Glauben thue, so unterbleibt einstweilen die Pfändung. Mißtraut ihm der Stadtknecht, so soll der Obrigkeit berichtet und deren Befehl eingeholt werden. Ist der Schuldner flüchtig, so wird der Inhalt seiner Wohnung inventirt und das Haus beschlossen; und wenn er sich nicht stellt und sein Gut löst, so wird seine fahrende Habe und seine Liegenschaft zur Zahlung der Gläubiger öffentlich versteigert. Das Concursverfahren wird Frohnung genannt und die Gläubiger,

Digitized by Google

welche dasselbe benutzen, heißen „Frohner". Der Rath macht aber eine feste Ordnung, damit nicht die besonders eifrigen Gläubiger unbillig vor den mildern und geduldigern bevorzugt werden, und beruft sich dabei theils auf das Vorbild der kaiserlichen Rechte, theils darauf, daß solches „nutzbar und erlich" sey. Der Verzicht der Wittwe auf die ganze Verlassenschaft des zahlungsunfähigen Mannes und auf das beiderseitige Vermögen, damit sie von jeder Nachforderung der Gläubiger gesichert werde, ist auch hier anerkannt.

Der II. Tractat — Von Contracten — in 9 Titeln ist kürzer, und hier ist der Einfluß der römischen Begriffe naturgemäß mehr zu verspüren, wenn gleich sie auch hier mit Freiheit benutzt werden. Bekanntermaßen hat Jasius den technischen Ausdruck der res fungibiles erfunden. In dem deutschen Rechtsbuch unterscheidet er wohl zwischen „Leihen um Barschaft" (Tit. 1), wie er das mutuum nennt, und „Leihen zum Gebrauch", sey es „vergebenlich" (commodatum) oder „um Geld" (locatio rerum) (Tit. 2), aber er führt, ohne jenen Ausdruck hier anzuwenden, nur Beispiele von Sachen an, „die mit gleichem Werthe zurückbezahlt" werden sollen, wie Geld, Wein, Korn, aber auch Tücher, Stahl, Eisen, Oel. Jeder „Genieß" (Zins) von dargeliehenem Geld wird noch im Sinn des kanonischen Rechts als „Wucher" verboten. Das Depositum heißt (Tit. 4) „hinterlegte Habe", welche zu „treuen Handen behalten" wird. „Welcher etwas entlehnet oder zu getrüwen handen annympt, der ist solichs dem ihenen, der das geben hat, wider zu antwurten schuldig vnd mag sich nit zu schirm behelffen, das er sprechen wölt, daßselb gutt wer nit des eigen, der das ze behalten geben oder gelyhen hett, dann er sol guten glouben halten vnd stat im nit zu, fürwitz zu pruchen, wem der eigenthumb zugehöre." (Tit. 3.)

In dem Titel 4, vom Kauf, wird auch der Verkauf liegender Güter um eine jährliche ewige Gült (Rentenkauf) gestattet und den Sippen der zwei nächsten Glieder das Recht gewährt binnen Jahresfrist eine aus der Familie wegverkaufte Liegenschaft an sich zu ziehen indem sie den Kauf übernehmen. Die Waffenrüstung („harnisch vnd gewer") der Bürger und Einwohner darf weder verkauft noch verpfändet werden. Eigenthümlich ist folgende Bestimmung über die dingliche Ansprache gestohlener Sachen: „Wel-

Digitized by Google

cher etwas koufft, der sol sich versehen vnd eigenlich warnemen was oder von wem er kouff, dann wer es ein gestolne, geroupte oder abgetragne hab, vnd kem der recht herr deßselben guts, der bewysen oder sunst glouplich anzög thun möcht, das sollich gut sin wer, der mag daruff nach unserm alten pruch ein schilling pfenning legen, und das von dem kouffer mit dem eide, wie es ouch unser pruch ist, fry on entgeltnuß ouch on bezalung des vßgebnen Pfandschillings zu sinen handen nemen, doch mit vnserm wissen und erkantnuß." Der Nachweis des früheren Besitzes genügt bei solchen Sachen sicherlich als „glaubliche Anzeige" (Bescheinigung) des Eigenthums. Die Stelle ist geeignet als ein wichtiges neues Zeugniß für die Delbrückische Auffassung der auf Besitz gegründeten dinglichen Klage zu dienen. In den fünften Titel „von bestentnuß der güter" sind nach der Weise der römischen Lehre von der locatio conductio ganz verschiedene Rechtsgeschäfte zusammengefaßt, wie die Häusermiethe, die Dingung von Taglöhnern und Dienstboten und die Verdingung eines Werks durch den Werkmeister. In der Bestimmung des Tauschvertrags (Tit. 6) schließt sich das Stadtrecht an die römische Auffassung des Realcontracts an. Bevor einer dem andern die getauschte Habe übergeben hat, kann jeder noch zurücktreten, „dann es ist ein blöder contract, der nit anders dann durch handreichung des getuschten dings geveſtnet würdt." Ebenso werden die Innominatcontracte überhaupt „gemeinloſſig pact, die nit sonder namen haben", angesehen. Der Vergleich aber — „gütlich rachtung" — wirkt von Anfang an bindend. Auch die Wetten sind kräftig. Und ganz allgemein wird das neuere Vertragsprincip folgendermaßen ausgesprochen: „Welcher dem andern etwas mit bedachtlichkeit zusagt, es sy mit bloſſen worten oder andern zusagungen, die wort syent wie sy wollen, so soll der ihen der zugesagt hat, sin zusagen halten vnd mag mit recht darzu gezwungen werden, dann es gepurt sich menschlicher erberkeit, das man glouben halte, es wer dann das zusagen vmb vnerlich sachen."

Der Titel 7 handelt „von gaben vnd schenken." Gaben über 50 Gulden Werth müssen vor geseßnem Rath oder vor Gericht mit deſſen Anerkennung geschehen. Werden dem Vergaber nachher eheliche Kinder geboren, die zur Zeit der Vergabung nicht berücksichtigt waren, so wird die Vergabung kraftlos. Was ein Vater

Digitized by Google

seinem Kinde bei Lebzeiten vergabt hat, braucht dieses in der Regel nicht einzuwerfen bei der Theilung der Verlassenschaft. Auch die „Gaben so tod halben beschehen" (mortis causa donatio) werden erwähnt: „Ist dann sach das die fürwort" (die ausgesprochene Bedingung des Todes in der Krankheit oder im Krieg u. s. f.) „nit zu fällen kommen, so ist die gab ab und nichtig und mag der gaber die gab als sin eigen gut widerumb von dem ihenen, dem er sy zu handen geben hätt, ervordern vnd nemmen."

In dem Titel 8 „Von pfandungen" zeigt sich wieder das deutsche Recht im Uebergewicht. An fahrender Habe wird nur das Faustpfand anerkannt: „die sol vnd mag ein yeder in sin gewaltsam nemen vnd an sin nagel hencken, dann thut ers nit vnd laßts hinder dem schuldner ligen, ob dann ander gloubiger infielen vnd solche underpfand ouch frönten, so mag der erst pfandherr sich solcher insitzung halb, er hab ein verschribung oder nit, nit behelffen, sonder sol man den angriff lassen gan." Die Verpfändung von liegendem Gut für Schulden soll der Gläubiger „zum wenigsten in des gerichtsbuch inschriben lassen; wil er aber ein zinß vff das liegend gut schlahen, so sol ers offenlich vor gericht vertigen, sunst sol die verpfandung nit krafft haben." Der Schuldner darf das Gut wohl weiter verpfänden, „doch das er die ersten verpfandung melde." Der Vermiether einer Wohnung hat für die Forderung auf Miethzins ein Pfandrecht an der „eingeführten Habe" (illata) des Miethers, ebenso der Verpächter ein solches an den Früchten die auf dem verpachteten Gut wachsen. Als „verschwiegenliche" Pfandrechte werden noch erwähnt: zu Gunsten der Kinder an dem Elterngut für das was jenen heraus gehört, zu Gunsten der Mündel an dem Vermögen der Vormünder für die Rechenschaft über die vormundschaftliche Verwaltung, zu Gunsten des Geldherrn aus dem aus fremdem Geld erkauften Gute und zu Gunsten der Stadt für die Forderungen des Stadtguts.

Tit. 9. „In welchen fällen die contract nit krefftig sin sollen." Vogtbare Personen dürfen von sich aus weder veräußern noch Schulden eingehen, auch junge Leute „die ir schicklichkeit halb nit bevögtet werden, alle die wil sy nit zwey vnd zwentzig iar erlangt haben, keine erhebliche Verfügung treffen ohne Erkanntniß des Raths, ferner die Kinder unter Vaters Gewalt und die „nit in eyner hußhaltung füer vnd rauch sind," nichts verthun. Eine

Digitized by Google

Ehefrau darf sich nicht für ihren Ehemann verschreiben, „es wer dann das der schultherr bewyset, das es dem wyb oder irn kinden in irn nutz kommen vnd bewendet wer." Weiber dürfen ihre liegenden Güter oder werthvolle Fahrhabe nicht ohne Zustimmung eines Vogtes veräußern oder beschweren, wenn der Werth 100 Gulden übersteigt, nicht ohne des Raths Erkenntniß. Liegendes Gut im Stadtbezirk darf nur an Genossen, nicht an Fremde veräußert werden. Fällt solches Gut — etwa durch Erbgang — an Fremde, so müssen sie es binnen 2 Jahren an „Verwandte" der Stadt abgeben. Ansprachen oder Forderungen dürfen überall nicht einem andern „zu eigen übergeben" werden ohne Verwilligung des Raths. Alle Contracte oder Beredungen über liegende Güter „sollen vor unserm gericht mit erkanntnuß gevertigt vnd in das gerichtsbuch ingeschriben werden, wo das nit beschehe, so sol derselb Contract (also auch in seiner obligatorischen Wirksamkeit, nicht bloß in seinen dinglichen Folgen) zunichten sin vnd nichts gelten."

Der III. Tractat ist: „Von Eelüten, erbfällen, testamenten, bewarung vnd insatzung der güter" überschrieben und hat vorzugsweise familien- und erbrechtlichen Inhalt.

Tit. 1. „Von Vögten." Die Einleitung deutet darauf hin daß der gelehrte Redactor des Rechtsbuchs die römische Lehre der tutela et cura zur Sprache gebracht habe. Der Rath will sich aber auf diese Unterscheidungen nicht einlassen, „nachdem uns daß in unser Statt nit sonder not ist, ouch villicht verwirrung dem leyschen mann prächt." Im Gegensatze zu der obigen Altersbestimmung (II., 9) wird aber hier die römische Gränze von 25 Jahren angenommen und die Minderjährigen, die keinen Vater haben unter „Vormünder und Pfleger" gesetzt; es wäre denn daß ein Jüngling so geschickt, vernünftig und ehrbar wäre daß man ihm die Verwaltung seines Gutes anvertrauen möchte. Ein Schwanken zwischen dem deutschen und dem römischen Recht ist hier spürbar. Tritt der Minderjährige in die Ehe oder geht er in ein Kloster, so hört in der Regel jene Vogtei auf. Auch den Stummen und den Tauben werden Vögte gegeben. Alte Leute, können, wenn sie ihrer bedürfen, Vögte begehren. Ledige Frauen haben nur bezüglich der liegenden Güter und der Gerichtshandlungen einen Vormund nöthig. Die verwittweten Mütter oder

Digitized by Google

Großmütter können selber Vormünderinnen über die Kinder und Enkel seyn, doch nur mit des Rathes Erkanntniß. Ebenso dürfen Väter oder Mütter in ihren Testamenten Vögte für ihre hinterlassenen Kinder bezeichnen. Im übrigen sorgt der Rath für gehörige Bevormundung, indem er sich zunächst an die Sippen des Vögtlings hält. Den Vögten ist jährliche Rechnung zur Pflicht gemacht, welche der Rath mit Zuzug von Sippen prüft. Liegendes Gut darf der Vogt nur mit Zustimmung der Freundschaft und des Rathes, fahrende Habe, die sich ohne Schaden verwalten läßt, nur mit Erlaubniß jener veräußern. Die Vögte werden nach dem Ermessen des Rathes belohnt. Unter der „Freundschaft" werden zwei der nächsten anwesenden Vater- oder Muttermagen verstanden. Ueber die Ablehnungsgründe eines ernannten Vogtes entscheidet der Rath; niemand aber ist verpflichtet mehr als zwei Vogtstellen anzunehmen.

Tit. 2. Von „eeberedungen und eelüten." Das geltende System des ehelichen Güterrechts ist nicht Gütergemeinschaft, sondern Güterverbindung. Häufig werden aber „Eheberedungen" gemacht, und darin auch die „Ehesteuer und Wiederlegung" bestimmt. Nach deutscher Sitte werden auch erbrechtliche Bestimmungen in jene Eheberedungen aufgenommen. Das Bedenken des römischen Rechtsgelehrten gegen solche Erbverträge wird hier sichtbar, aber überwunden: „Wir lassen ouch zu dem gemeinen pruch nach, das man in eeberedungen von erbfällen wol reden vnd versehung (Vorsehung) thun mag." Die Eheberedungen sollen aber im Beisein beider Parteien nächster Freundschaft und nicht in Winkeln ohne Beisein ehrbarer Leute vorgenommen werden. Wenn besiegelte Ehebriefe aufgerichtet worden sind, so müssen die Abänderungen vor Rath geschehen. Der Ehemann hat „vollkomne verwaltung vnd freye nießung über sins wybs güter." Wenn er aber ein schlechter Haushalter ist, so kann die Frau Sicherheit von ihm fordern. Die Ehefrau darf ohne Wissen und Willen ihres Ehemannes nichts hingeben oder zusagen. Die Competenz des geistlichen Gerichts zur Ehescheidung wird in ihren vermögensrechtlichen Wirkungen anerkannt.

Tit. 3. Von „erbfällen und anderer fürsehung zwüschen eelüten und iren kinder." Auch hier bezeugt die Einleitung die Selbständigkeit des Freyburgerrechts gegenüber dem römischen Recht. Die römischen Gesetze über den Pflichttheil werden nicht anerkannt: „wir haben vns

Digitized by Google

nach gelegenheit vnſerer burgerſchafft und inwoner ſolicher rechte nit ſonderlich beladen, in maſſen hienach — klärlicher anzögt würdt, wie den by uns gehalten werden ſol." — Das bisherige Recht daß der überlebende Ehegatte die fahrende Habe erbe und die liegenden Güter den Kindern verfangen ſeyen, wird „nach etwa maniger taghaltung" abgethan. Stirbt der Ehemann zuerſt, ſo bekommt die Mutter ein Drittel und die Kinder insgeſammt zwei Drittel der ſämmtlichen ehelichen Güter, die Mutter überdem zum voraus Kleider, Kleinode und Morgengabe. Stirbt die Ehefrau vorher mit Hinterlaſſung von Kindern, ſo folgen dem Vater zwei Theile und den Kindern zuſammen ein Theil. Auch erhält der Vater zum voraus Kleider, Kleinode, Roß und Rüſtung. Die Eltern dürfen weder Teſtamente noch Vergabungen noch Eheberedungen machen, durch welche ſie dieſe Erbsgerechtigkeit der Kinder verkümmern, und ſind pflichtig auch ihre Verlaſſenſchaft mindeſtens zu zwei Drittel den Kindern zu belaſſen. Nur wenn ſich die Kinder übel halten, darf ihre Erbportion bis auf ein Viertel vermindert werden. Das Stadtrecht kennt alſo einen doppelten Pflichttheil, einen größeren zu Gunſten der Kinder die ſich wohl halten und einen kleinern rückſichtlich der unbankbaren Kinder. — Ueberdem hat der überlebende Elterntheil auch die Nutznießung an dem Erbtheil der Kinder, bis dieſelben in eigener Haushaltung leben. Der Vater iſt verpflichtet, die Kinder zu ernähren und zu erziehen, und ſeinerzeit auszuſteuern. Wird das Kind in ein Kloſter gethan, ſo iſt es zu dieſem Behuf mit fahrender Habe auszuſteuern, aber muß auf alles Erbrecht bis zum vierten Grade der Sippſchaft einſchließlich Verzicht leiſten. — War die Ehe kinderlos, ſo hatte nach älterm Stadtrecht der überlebende Ehegatte alles geerbt. Dieſes Statut wird nun abgethan und neu beſtimmt daß dem Wittwer drei Viertel des Frauenguts und der ehelichen Errungenſchaft und ein Viertel den Sippen der verſtorbenen Frau anfallen, woran indeſſen wieder jenem die Nutznießung gebührt, und daß die Wittwe zwei Drittel des Mannsguts und die Sippen des verſtorbenen Mannes ein Drittel desſelben zu eigen erwerben. Auch dürfen die Ehegatten in ſolchem Fall einander ihr ganzes Gut vor dem Rath oder „vor fünfen unſers Rats" vermachen. Sind keine Sippen bis zum vierten Glied oder Grad vorhanden, ſo erbt der überlebende Ehegatte allein. Die ehelichen Schulden ſollen vorerſt aus dem „ge-

Digitized by Google

meinen" (d. h. ununterschiedenen beiderseitigen Gut) Gut bezahlt werden.

Tit. 4. „Von verglichung und anwünschung der kind". Es werden drei Fälle, in denen fremde Kinder angenommen werden, unterschieden: 1) Wenn ein Ehegatte in die zweite Ehe Kinder mitbringt, und sie in der Eheberedung zu gleichen Kindern aufgenommen werden (Einkindschaft); 2) wenn ein Ehegatte dem andern ein Kind zu Morgengabe gibt, 3) wenn junge Kinder angewünscht (adoptirt) werden. Das Morgengabskind behält sein Eigenthum vorzugsweise, erwirbt aber dem „morgengablichen vatter oder mutter" gegenüber Kindeserbrecht.

Tit. 5. „Von Testamenten" zeigt sich eine auffallende Mischung römischer und deutscher Ansichten. Der römische Grundsatz, daß jedermann ein Testament machen dürfe, wird als übereinstimmend mit Vernunft und Billigkeit an die Spitze gestellt, aber sofort die Testirfreiheit sehr wesentlich beschränkt. Eheleute, die Kinder haben, haben nur einen engen Bereich zu letztwilliger Verfügung, und Eheleute, die keine Kinder haben, dürfen in der Regel nur mit Zustimmung je des andern Ehegatten testiren. Ueberdem wird ein Alter von 18 Jahren für Männer, und von 20 Jahren für Weiber, die testiren wollen, gefordert, nicht bloße Mündigkeit. Leben die Eltern des Testirers noch, so darf derselbe nur über ein Drittel verfügen und muß zwei Drittel den Eltern hinterlassen. Andern Sippen — bis in das vierte Glied einschließlich — muß der Erblasser von ererbten Liegenschaften, Gülten, Zinsen mindestens ein Drittel hinterlassen. Errungenes Gut aber kann er ohne Rücksicht auf diese Sippen vermachen wem er will. Am sichersten ist das Testament wenn es von dem Rath oder Stadtgerichte aufgerichtet wird. Es genügt aber auch die schriftliche Errichtung vor 5 Zeugen, unter denen zwei Rathsfreunde, durch den Amtsschreiber. Nur Gottesgaben und ähnliche Vermächtnisse können auch vor zwei Bürgern aus fahrender Habe geordnet werden. Waren bisher, wie überall in Deutschland, letztwillige Verordnungen (Gemächde) ohne Erbeinsetzung, auch in Freyburg im Gebrauch, so belehrt nun das Stadtrecht aus dem römischen Recht, daß dieselben eigentlich nicht Testamente heißen, läßt dieselben aber auch ferner in den obigen Testamentsformen zu. Dagegen wird in Erinnerung an die römische Regel: Nemo pro parte testatus pro parte intesta-

Digitized by Google

tus decedere potest, bestimmt daß die gesetzten Testamentserben die Sipperben, wenn deren im Testament nicht gedacht ist, ausschließen. Ist im Testament der Ausdruck „Erben" insgemein gebraucht, so sind darunter die gesetzlichen Erben gemeint. Damit die Erbschaft nicht mit Legaten überlastet werde, wird, offenbar in Nachbildung der lex Falcidia („setzen und wöllen wir"), von dem Rathe verordnet, daß die Erben zu Abzügen berechtigt seyen, bis ihnen ein Viertheil ihrer Erbportion verbleibt. Das Testament wird ungültig, wenn der es als kinderlos gemacht hat, nachher eheliche Kinder bekommt oder in die Ehe tritt. Die Gründe, welche zur Enterbung der Kinder oder der Eltern berechtigen, werden nach Anleitung der Novelle 115 einzeln aufgezählt; aber zugleich verordnet, daß alle solche Enterbungen vor dem Rath oder vor dem Stadtgericht geschehen sollen, welchen die Prüfung im einzelnen Fall zukommt. Dadurch bekommt das ganze Rechtsgeschäft einen durchaus andern Charakter als das römische Recht voraussetzt.

Tit. 6. „Von natürlichen Erbschafften." Zunächst erben die Kinder und Kindeskinder, letztere neben den Kindern je an ihrer vorverstorbenen Eltern Statt. Sind aber nur Enkel da, so wird verordnet „wie wol dann (als wir bericht sind) die bewerter meynung der geschriebenen recht, ein anders anzogen möcht, — das dieselben kindskind glichlich mit ein andern erben." Ausdrücklich wird hier im Gegensatz zu der römischen Stammtheilung an der hergebrachten Kopftheilung der gleich nahen Sippen festgehalten. Die übrige Erbfolgeordnung folgt der Novelle 118. Indessen wird der römische Gegensatz der voll- und der halbbürtigen Geschwister einigermaßen durch die Vermischung mit dem Unterschied der leiblichen und der Stiefgeschwister verwirrt. Wie die Sippschaft gerechnet werde, ist durch einen „sipphaftigen bom" veranschaulicht worden. Derselbe fehlt aber in der Ausgabe des Stadtrechts, die ich zur Hand habe.

Tit. 7. „Von angewünschten kinden und derselben Erbschafften." Die adoptio war bisher „in unser Statt nit vil gebrucht." Zum Nutzen künftiger Fälle wird das Institut näher erläutert. Die Annahme an Kindesstatt geschieht vor dem Rath, und wird auch den Frauen gestattet, obwohl die geschriebenen Rechte das nur ausnahmsweise zulassen.

Der Tit. 8. „Von ledigen kinden wie die erben sollen", unter-

Digitized by Google

scheidet zwei Arten der ledigen (unehelichen) Kinder: a) die natürlichen ledigen Kinder, deren außerehelicher Vater entweder dieselben freiwillig anerkannt hat oder durch gerichtliches Urtheil ermittelt worden ist; b) die sogenannten Unflatskinder, die im Ehebruch erzeugt oder geboren worden, oder von Geistlichen erzeugt oder in verbotenen Verwandtschaftskreisen empfangen worden. Den erstern wird ein beschränktes subsidiäres Erbrecht in die väterliche Verlassenschaft eröffnet, wenn keine nahen Sippen da sind, und ein etwas besseres in die mütterliche Erbschaft, aber anders als im römischen Rechte wird verordnet daß sie auch die Mutter nicht beerben, wenn eheliche Kinder vorhanden sind. Den Großeltern und den Sippen ihrer Eltern gegenüber haben sie kein Erbrecht. Beschränkter noch ist das Erbrecht der Unflatskinder.

Tit. 9. „Von teilung der güter zwüschen vatter kinden vnd fründen". Das gesetzliche Erbrecht der Söhne und der Töchter ist zwar nach römischen Grundsätzen gleich bestimmt, aber der Vater hat das Recht mit des Raths Erkanntniß den Söhnen einen größeren Erbtheil als den Töchtern zuzuweisen „damit erlicher stamm und namm gevffet werde" worin der deutschrechtliche Vorzug des Geschlechts zu Tage tritt. In gleicher Weise darf der Vater auch einzelne Kinder, die sich um ihn verdient gemacht haben, besser als andere bedenken. Die Ausstattung, welche ein Kind bei Lebzeiten des Vaters empfangen hat, muß es sich an seinem Erbtheil anrechnen lassen, wenn es zur Erbtheilung kommen will; nicht aber die besondern Verwendungen für Erziehung, Berufsbildung, Ritter- oder Doctorwürde des Kindes. Analoge Regeln gelten auch für die mütterliche Verlassenschaft.

Tit. 10. „Von biwarung der verlassenen güter, Inventarien, insatzung der erben, abzug u. s. w." Testamentserben werden von dem Rathe eingesetzt. Gesetzliche Erben scheinen der Einsetzung nicht zu bedürfen. Die Erbschaftsklage derselben verjährt in 30 Jahren.

Der IV. Tractat ist vornehmlich polizeilich. Der erste Titel handelt „von buwen". Ist ein Haus baufällig, so setzen die Baumeister dem Eigenthümer eine Frist zur Herstellung, widrigenfalls das Haus von der Stadt zum Bau veräußert wird. Stürzt das Haus ein, so fällt der Bauplatz binnen Jahresfrist an das Stadtgut, wenn nicht wieder gebaut wird. Es dürfen keine ewi-

Digitized by Google

gen (unablöslichen) Zinse auf eine Liegenschaft errichtet werden. Nach Tit. 2. „Von fridmachen und straff der Fridbrecher" ist jeder Bürger oder Einwohner verpflichtet, wenn sich Streit oder Frevel erhebt, Frieden zu gebieten, und wenn nicht Frieden gehalten wird, zur Verhaftung der Schuldigen mitzuwirken. Wer den gebotenen Frieden bricht, wird strenger bestraft. Der dritte Titel enthält noch einige bürgerliche Ordnungen betreffend die Einsassen, die Feuerordnung, die Zünfte u. dgl. Der Verkehr mit Juden ist gänzlich untersagt.

Der V. Tractat endlich „von freueln schmach vnd malefitzhendeln" ist strafrechtlich. Dem Rathe ist in solchen Sachen ein sehr freies Ermessen vorbehalten.

Wenn wir den Gesammtcharakter dieses Stadtrechts mit Bezug auf das Verhältniß des deutschen zu dem römischen Recht überdenken, so bemerken wir zwar in demselben einen erheblichen Einfluß der römischen Jurisprudenz. Es ist eine Mischung der beiden Elemente eingetreten, aber auch das deutsch-rechtliche ist noch sehr bedeutend, im ganzen noch überwiegend, und so weit römisches Recht aufgenommen wird, so wird es doch sofort umgewandelt in einen Bestandtheil des Freyburger Rechts, und muß sich um deßwillen wesentliche Veränderungen gefallen lassen. Von einer bloß formellen Gesetzesautorität des Corpus juris, welcher sich die städtische Rechtspflege zu unterziehen hätte, ist noch keine Rede. Diese spätern Zeiten angehörige Anwendung des fremden Rechtes wird noch entschieden verworfen. Nur inwiefern es vernünftig und den Sitten entsprechend erscheint, hat es auf Berücksichtigung Anspruch.

Dieses Resultat hat aber nicht bloß eine Bedeutung für Freyburg. Es läßt sich daraus auf eine allgemeinere Wahrheit schließen. Es gab, außer dem Klerus, im deutschen Reiche keinen Stand, der geneigter war, das römische Recht aufzunehmen, als den Bürgerstand. Sowohl der Adel als die Bauern widerstrebten demselbem viel zäher und eifriger. Und unter den Städten waren wieder die bischöflichen und die Städte mit Universitäten, auf denen römisches Recht gelehrt wurde, die empfänglichsten, und im Süden von Alters her mehr als im Norden. Alle diese Gründe für die Reception des römischen Rechts treffen in Freyburg zusammen. Ueberdem wurde der angesehenste deutsche Romanist seiner Zeit mit der Verfassung des Stadtrechts betraut. Wenn nun trotz alledem das Freyburger-

Digitized by Google

ſtadtrecht nur einen mäßigen Gebrauch von römiſchem Rechte macht, ſo iſt der Schluß kaum zu gewagt, daß damals noch in den Rechtsverhältniſſen des deutſchen Volkes und in der Rechtspflege keine ſo große Veränderung vor ſich gegangen ſey, als die man gewöhnlich unter der vollzogenen Reception des römiſchen Rechts ſich vorzuſtellen pflegt.

Bluntſchli.

Digitized by Google

V.

Neuentdeckte römische Urkunden.

In Siebenbürgen, wo schon so viele Inschriften gefunden worden, namentlich eine Anzahl interessanter Wachstafeln, hat man neuerdings wieder mehrere römische Geschäftsurkunden entdeckt, von denen zur Zeit vier, eine Darlehensurkunde und drei Kaufurkunden, in größtentheils gelungener Lesung veröffentlicht worden sind. Wir widmen diesen gern einige Blätter dieser Zeitschrift, um sie in juristischen Kreisen bekannter zu machen. Die beiden ersten Stücke (unter Nr. I. und II.) sind 1856 von Dr. J. Erdy, Custos der Alterthümer des Nationalmuseums zu Pesth, in den Abhandlungen der ungarischen Akademie der Wissenschaften durch Nachbildungen (Facsimiles) bekannt gemacht, die jedoch so schwierig zu lesen waren, daß der Herausgeber theils ganz darauf verzichtet, theils nur mit sehr unbefriedigendem Erfolge versucht hat den Text derselben zu entziffern; er gibt von Nr. II. einen Abdruck, der einen wahren Gallimathias enthält. Mit großer Geschicklichkeit aber und mit dem besten Erfolge hat sich nun ein junger Gelehrter aus Holstein, Dr. phil. Detlessen, der Arbeit, einen brauchbaren Text herzustellen, unterzogen und deren Resultate, mit genauester Rechenschaftlegung über sein Verfahren, der historisch-philologischen Classe der k. k. Akademie der Wissenschaften vorgelegt, welche dieselben in ihren Sitzungsberichten Bd. XXIII. S. 601—635 aufgenommen hat, besonders abgedruckt in Commission der Gerold'schen Buchhandlung, Wien 1857, mit Zugabe von 6 lithogr. Tafeln, welche die Facsimiles enthalten. Es sind Theile von zwei aus je drei zusammengelegten Wachstafeln bestehenden Documenten (Triptycha), wie solche von Maßmann (Libellus aurarius sive tabulae ceratae etc. Lipsiae 1840.

Digitized by Google

S. 1 fg. u. 27 fg.) beschrieben sind, mit ähnlicher Cursivschrift wie sie die in diesem Werke behandelten Wachstafeln zeigen (vgl. S. 45 fg. und die drei beigegebenen Tafeln). Die drei Wachstafeln enthielten auf den vier innern Seiten den Text der Urkunde doppelt, einmal auf der Rückseite der ersten Tafel (nach unserer Art Bücher aufzuschlagen), pag. 1, und der Vorderseite der zweiten Tafel, pag. 2; und wiederum auf der Rückseite der zweiten und der Vorderseite der dritten Tafel, pag. 3. 4. Die beiden ersten Tafeln aber waren für sich geschlossen und versiegelt, und zwar waren die Siegel auf einem eigenen über die pag. 3 gelegten Wachsstreifen eingedrückt, und neben ihnen auf derselben Seite die entsprechenden Namen beigeschrieben. Es konnte darnach, indem man nur die dritte Tafel aufschlug, der ganze Inhalt der Urkunde auf pag. 3 und 4 gelesen werden, ohne das versiegelte Document zu öffnen*). Von Nr. I. und II. sind nun je die beiden ersten Tafeln, also der ganze Text auf pag. 1. 2, und die erste Hälfte des Duplicats auf pag. 3 erhalten, nebst den auf dieser Seite vorkommenden Namen; bei Nr. II. auch der Wachsstreifen mit den zum Theil noch erkennbaren Siegeln, der sich bei Nr. I. verloren hat. Wir geben von beiden zunächst die ganze Schrift in genauem Abdruck, so wie sie Detlessen, freilich oft nur divinirend, gelesen hat, sodann ausgeführt den Text, wie er mit Auflösung der Siglen muthmaßlich zu lesen ist, wofür Detlessen, unterstützt durch Girtanner, meistens auch befriedigende Andeutungen gegeben hat. Die Nr. I. ist die, in ihrer Art einzige, Darlehensurkunde, Nr. II. eine Kaufurkunde über eine Sklavin. Der letzten nahe verwandt ist Nr. III., welche zuerst 1855 durch den Domherrn Ciparin zu Blasendorf in Siebenbürgen bekannt gemacht, dann von Seidl im Archiv zur Kunde österreich. Geschichtsquellen Bd. XV. S. 318 fg. und von Neigebaur in Gerhard's archäo-

*) Diese Beschaffenheit der Urkunden dient zur Berichtigung von Pauli Sentt. lib. 5. tit. 25. §. 6. Statt des Satzes: „ut exteriores scripturae fidem interiori servent", worin die exteriores scripturae auf die auswärts geschriebenen Zeugennamen gedeutet wurden, schlägt Girtanner vor zu lesen: „ut exterioris scripturae fidem interiora servent"; besser schien mir die Lesart: „ut e. s. f. interior servet", welche, wie ich mich erst nachträglich erinnerte, schon Huschke in d. Ztschr. für gesch. Rechtsw. XII. S. 201 als unzweifelhaft richtig aufgestellt hat.

Digitized by Google

logiſchem Anzeiger vom J. 1856 Nr. 88 abgedruckt, nach dieſem letzten Abdruck zur Vergleichung mit Nr. II. auch von Detleſſen S. 604 mitgetheilt iſt. Nr. IV. endlich iſt ein Fragment einer Kaufurkunde über ein halbes Haus, welches ſich auf der dritten Tafel eines Triptychum befindet, von dem die beiden erſten Tafeln noch fehlen. Dieſes iſt jetzt zuerſt durch denſelben Dr. Detleſſen, dem der Herr Biſchof von Karlsburg, Dr. v. Haynald, die fragliche Wachstafel ſelbſt zu dieſem Zwecke anvertraut hatte, bekannt gemacht, in den angeführten Sitzungsberichten Bd. XXIII. S. 636—650, ebenfalls beſonders abgedruckt Wien 1857, nebſt einem Facſimile. Wir werden es mit Nr. III. und IV. ebenſo halten wie mit den beiden erſten Documenten, und bei allen dem Text nur einige kurze Anmerkungen hinzufügen.

I. Urkunde über ein Darlehen vom 20. October des Jahres 162 nach Chr.

A. Recenſion von Detleſſen (S. 625 fg.)

p. 1. * *LX q d p p r d f rogavet jul alexander darj f p alexander garj[ccj] et se eos * LX q s s s mutuis numeratis accepisse et debere se djxit et eorum usuras ex hac dje jn djes XXX darj jul alexandro ea qua p f r jul. alexander darj f p alexander garjccj.*

p. 2. *jd fide sua esse iussit tjtjus prjmjtjus d s s s c u r p s.*

Act alb majorj XIII k nouembr rustjc II. et aquiljno cs

p. 3a. * *sexag....iu..ie petjerat probis....il.t..j fibe rugauit juiius ul ex..der darj f i jb oe pro.....l.xander carjcc et cti.... q s s s mu num.r...accee ac b e o e...sextiu*

p. 3 b. *l vasidj ui toris nicinis baionis...l....j jouetj TITT VS PRIM ITI VS alexandrj garjccj eius debit ...*

Anm. Das mit p. 1. 2. Bezeichnete iſt der Inhalt der Rückſeite der erſten und der Vorderſeite der zweiten Tafel; das unter

Digitized by Google

p. 3 a. die nur theilweise erkennbare Schrift auf der Rückseite der zweiten Tafel; unter p. 3 b. stehen die Namen der Zeugen, im Genitiv, und, im Nominativ, der des Bürgen, der allein auch mit anderer Schrift geschrieben erscheint. Der Raum zwischen 3a. und 3b. bezeichnet die Lage des Querstreifens, worauf die Siegel eingedrückt waren.

B. Ausgeführter Text[a]).

Denarios sexaginta qua die petierit[b]) probis recte dari[c]) fide rogavit Julius Alexander, fide promisit[d]) Alexander Gariccii et se eos denarios sexaginta qui supra scripti sunt mutuis numeratis[e]) accepisse et debere se dixit, et eorum usuras ex hac die in dies triginta[f]) dari Julio Alexandro eive ad quem ea res pertinebit[g]) fide rogavit Julius Alexander fide promisit Alexander Gariccii[h]). Id[i]) fide sua esse iussit Titius Primitius de sorte supra scripta cum usuris recte probe solvendis. Actum Alburno maiori[k]) XIII. Kalendas Novembres Rustico II. et Aquilino consulibus[l]).

Anm. a. Die Namen der Zeugen werden hiebei nicht berücksichtigt, da sie schwer genau zu entziffern sind und für das juristische Interesse wenig darauf ankommt. Bemerkenswerth ist aber die eigenthümliche Abweichung bei dem Namen des Bürgen, welche Girtanner gewiß richtig dadurch erklärt, daß dieser allein, gewissermaßen für den Gläubiger die Hauptperson, die Schuldurkunde eigenhändig unterschrieben habe. b) Vgl. L. 48. 135. pr. D. de V. O. 45. 1. c) Vielleicht *probos* r. d.? vgl. L. 40. pr. D. de R. c. 12. 1. L. 24. D. de pec. const. 13. 5. L. 11. §. 2. D. de duob. reis. 45. 2. d) Vgl. Gai. III. 92. 112. 116: L. 122. §. 1. D. de V. O. 45. 1. In der letzten Stelle hat man das *fide roganti* beanstandet, in der Meinung, daß *fide promissio* nur als Form accessorischer Stipulationen vorgekommen sey. Durch unsere Urkunden, auch die unter II.—IV., wird dieß widerlegt. e) Besser scheint *mutuos numeratos*, L. 40. D. cit. L. 41. §. 2. D. de usur. 22. 1. f) Nach *triginta* hat der Herausgeber noch zwei Zeichen bemerkt, die wohl das monatliche Zinsenmaß andeuteten, nach Girtanner's Vermuthung etwa einen quinarius. Uebrigens vgl. L. 135. pr.

Digitized by Google

D. cit.: „*et eorum usuras in dies triginta*“, was eben so ausgelegt wird, als wäre hinzugefügt: „*ex hac die.*“ g) Diese Formel kommt eben so in Nr. II.—IV., und bekanntlich auch in den Pandecten sehr oft vor, z. B. in L. 40. pr. cit. L. 53. §. 1. D. de o. et a. 44. 7. L. 126. §. 2. D. de V. O. 45. 1. h) *Alexander Gariccii*? Ist dieser Alexander der Sklave des Gariccius? oder, nach griechischer Bezeichnungsweise, der Sohn? In beiden Fällen ist doppelt erklärlich, warum der Bürge in der Unterschrift eigentlich als die Hauptperson erscheint; denn der Sklave wurde civiliter gar nicht verpflichtet und der Sohn, wenn er filius familias war, konnte die exceptio Sctι Macedoniani vorschützen. Wäre das erste anzunehmen, dem auch der Name nicht entgegen steht, so wäre bemerkenswerth daß auch ein Siegel des Sklaven vorkommt und dieser in der Beischrift ausdrücklich als der Schuldner bezeichnet ist, obgleich er nur naturaliter verpflichtet seyn konnte. i) Vielleicht *Idem*? Gai. III. 116. Bemerkenswerth ist daß hier kein *fide rogavit* und kein verwandter Ausdruck vorausgeht, während jenes vor dem *fide promisit* nie fehlt; die Frage: *idem fide tua esse iiues?* ließ sich aber nicht bequem durch ein Zeitwort charakterisiren. k) Alburnum maius kommt auch in Nr. IV. als Vertragsort vor und findet sich mehrmals theils in Abkürzung theils ganz ausgeschrieben auch in den von Maßmann 1840 bekannt gemachten Siebenbürgischen Wachstafeln (Massmann, libellus aurarius p. 109 fg.); es lag ohne Zweifel in Dacien; vielleicht das heutige Abrudbanya, in dessen Nähe der Fundort, Vöröspatak, liegt. l) Die Namen dieser Consuln (Q. Junius Rusticus und C. Vettius Aquilinus) weisen auf das Jahr 915 d. St. oder 162 nach Christus; vergl. Almeloveen fasti cons. p. 139, wo jedoch der erste nicht als zum zweitenmal Consul bezeichnet ist.

II. Urkunde über den Kauf einer Sklavin vom 20. März des Jahres 139 nach Chr.

A. Recension von Detleffen (S. 606 fg.)

p. 1. *maximus batonis puellam nomine*

Digitized by Google

passima sive ea quo alio nomine est an
circiter pm *empta sportellaria*
norum sex emit mancipioque accepit
de dasio uerilonis pirusta ex kaniuretj(o)
** ducentis quinque*
eam puellam sanam esse furtis noxisque
solutam fugitivam erronem non esse
praestari quot si quis eam puellam
partemue quam ex eo quis evicerit
quo minus maximum batonis quo
ue ea res pertinebit habere posse
dereque recte liceat tum quanti
p ea puella emta est eam pecuniam
p. 2. *et alterum tantum dari fide rogavit*
maximus batonis fide promisit dasius
uerilonis pirusta ex kaniuretj(o)
*proque ea puella quae s. s. est * ducen*
um
tos quinque accepisse et habere
se dixit dasius uerilonis a maximo batonis
Actum karto. XIII k apriles
tjto aelio caesare antonino pio II et bruttio
praesente II cos.
p. 3. b. *maximus batonis puellam* . . . . . .
nomine passima siue ea . . . . . .
quo alio nomine est anno . . .
rum circiter pm sex emp *masuri mess.*
ta sportellaria emit man *dec*
cipioque accepit de . . .
dasio uerilonis pirusta *annesus an*
*ex kaniuretjo * ducen* *berj caletis*
tis et quinque *plani uerilo*
sanam esse
eam puellam furtis no *ni s scaletis*
xaque solutam fugi *licca j epicadj*
tiuam erronem non *marc ialetis*
esse praestari quot *epicadj planiri*
si quis eam puellam *ts qu i et mici*
partemue quam ex ea *dasi uerilonis*
quis evicerit quo *ipsius vendj*

Digitized by Google

minus maximum ba toris
tonis quove ea res

Anm. Mit dem Duplicat und den Zeugennamen verhält es ſich hier wie bei Nr. I; nur findet ſich hier kein Name ſicher im Nominativ und mit anderer Schrift als die übrigen. Die Wachstafel zeigt aber noch 7 Siegel, und ſind daher auch ſo viel Namen anzunehmen. Von ſelbſt wird jeder dabei an die 5 Mancipationszeugen und etwa den Libripens oder Antestatus denken, zu denen dann der Name des Verkäufers als der ſiebente hinzukommt.

B. Ausgeführter Text.

Maximus Batonis [a]) puellam nomine Passima sive ea quo alio nomine est annorum circiter pm sex [b]) empta sportellaria [c]) emit mancipioque accepit [d]) de Dasio Verilonis Pirusta ex Kaninuretio [e]) denariis ducentis et quinque; eam puellam sanam esse furtis noxisque solutam fugitivam erronem non esse praestari [f]); quodsi quis eam puellam partemve quam ex ea [g]) quis evicerit, quominus Maximum Batonis eumve ad quem ea res pertinebit habere possidereque recte liceat, tum quanti [h]) ea puella empta est eam pecuniam et alterum tantum [i]) dari fide rogavit Maximus Batonis, fide promisit Dasius Verilonis Pirusta ex Kaniuretio, proque ea puella quae supra scripta est denarios ducentos quinque accepisse et habere se dixit Dasius Verilonis a Maximo Batonis. Actum Karto [k]) XIII. Kalendas Apriles Tito Aelio Caesare Antonino Pio II. et Bruttio Praesente consulibus [l]).

Anm. a) Auch hier wieder die Frage: iſt Maximus der Sklave oder der Sohn des Bato, und eben ſo: iſt Daſius der Sklave oder der Sohn des Verilo? Im erſten Falle wären beide Contrahenten Sklaven; alſo auch der Mancipant? b) die Zeichen *pm* erklärt Detleſſen zweifelnd durch *plus minus*, mit der Frage: „aber iſt *annorum circiter plus minus sex* nicht auch in juriſtiſchen Formeln eine unerhörte Tautologie?“ Vgl. Anm. f. zu IV. c) Aus den Worten *empta sportellaria* weiß Detleſ

sen selbst nichts zu machen, findet aber keine andere Lesung, die den Schriftzeichen sich besser anpaßte. Noch räthselhafter ist die Stelle bei Erdy, welcher liest ***circiter pars exempta scortellaria***. Girtanner vermuthet, es möge der Nationalname der Sklavin in jenen Worten versteckt seyn (arg. L. 31. §. 21. D. de aed. ed. 21. 1.). Man könnte auch denken, es sey durch die Worte ***exempta sportellaria*** oder ***scortellaria*** die Mutter des Sklavenkindes bezeichnet. Oder war ***sportellaria*** eine vom Kauf eximirte Nebensache, vielleicht eine Sparcasse (vgl. Forcellini in der Schneeberger Ausgabe s. v. sportella), also eine Art von Peculium des Kindes? Ich weiß es nicht. d) Sind diese Worte, wie gewiß anzunehmen ist, in ihrem eigentlichen Sinn genommen, so geht daraus hervor daß die Contrahenten oder ihre Herren römische Bürger oder mindestens Latini waren. Hatte ja auch schon Trajan römische Colonien in Dacien gegründet, die wenigstens zu Ulpians Zeit auch das jus italicum hatten. Auffallend aber ist dann, daß sie sich nicht der sponsio, quae propria civium Romanorum erat, bedienen, deren doch auch die Sklaven römischer Bürger sich zu bedienen pflegten. (L. 1. §. 6. L. 9. pr. 10. 18. §. 1. 3. L. 21. 29. 37. D. de stip. serv. 45. 3) e) Pirusta ist der Name einer illyrischen oder pannonischen Völkerschaft, welcher also der Verkäufer angehörte. Der Ortsname ist unsicher und räthselhaft. f) Zu ***praestari*** gehört das unten folgende ***fide rogarit*** und ***promisit***; vgl. L. 31. D. de evict. 21. 2.; L. 1. §. 1. D. de aed. ed. 21. 1. g) So zu lesen statt ***ex eo*** ist wohl unbedenklich, obwohl Detlessen auf p. 1. deutlich ***ex eo*** gefunden zu haben versichert. Uebrigens vgl. L. 56. §. 3. D. de evict. 21. 1. h) Vor ***ea puella*** glaubt der Herausgeber noch ein ***p*** zu erkennen, muthmaßlich erst nachträglich hinzugefügt. Dieß könnte eine Sigle für ***pretii*** seyn. Nach dem folgenden sollte man hier jedoch eher das Wort ***pecunia*** suchen: vielleicht ***quanta pecunia***, wie auch Girtanner vorgeschlagen hat. ***Quanti pretii*** ergäbe eine sehr ungewöhnliche Construction; behält man aber ***quanti*** allein, so möchte man nachher etwa ***tantam pecuniam*** statt ***eam p.*** lesen. i) Vgl. zu dieser Formel L. 27. pr. D. de adult. 48. 5. und das Stadtrecht

Digitized by Google

von Malaca cap. 67. Bedenken erregt hier, daß nach wortſtrenger Auslegung dieſes Paſſus der Verkäufer auch für den Fall der Eviction bloß eines Theils der Sklavin doch das Doppelte des ganzen Preiſes zu zahlen verſprochen hätte. k) Der Ortsname wieder unſicher und ſonſt unbekannt; der Ort aber gewiß in Dacien gelegen. l) Dieſe Conſuln ſind die des Jahres 862 der St. oder 139 nach Chr., des zweiten Regierungsjahres des Divus Pius. Beſtätigt wird hiedurch was man bezweifelt hat (Almeloveen p. 136), daß Bruttius Präſens vor dieſem Jahr ſchon einmal Conſul, wenn auch nur suffectus, geweſen war.

III. Urkunde über den Kauf eines Sklaven vom 16. Mai des Jahres 142 nach Chr.

A. Nach dem Abdruck bei Detleffen S. 604.

DASIUS BREUCUS EMIT MANCIPIOQUE ACCEPIT
PUERUM APALAUSTUM SIVE IS QUO ALIO NOMINE
EST NE GREGUM APOCATUM PRO UNCIS DUABUS
XꝺC DE BELLICO ALEXANDRI FR. M. VIBIO LONGO
EUM PUERUM ANNUM TRADITUM M. MURTIANO ADQUE
SOLUTUM ERRONEM FUGITIUM CADUCUM NON ESSE
PRESTARI ET SI QUIS EUM PUERUM QDR
PARTEMVE QUaM QUIS EX EO EVICERIT Q. M.
EMPTOREM SS EUMVE. ADQ. EA RES PERTINEBIT
UTI FRUI HABERE POSSIDEREQ LICeReT
TUNC QUANTUM ID ERIT QUOD ITA EX EO EVIC TUM FUERIT
TR PRO FR DASIUS BREUCUS DFP
BELLICUS ALEXANDRI ID FIDE SUA ESSE
IUSSIT VIBIUS LONGUS
PROQUE EO PUERO Q. S. S. EST PRETIUM
EIUS XꝺC ACCEPISSE ET HABERE SE DIXIT
BELLICUS ALEXANDRI AB DASIO BREVCO
ACT KARIABLEG XIII XVII KAL. JUNIAS
RUFINO ET QUADRATO COS

Anm. Das Programm des Domherrn Ciparin, wodurch dieſe Urkunde zuerſt bekannt gemacht worden, ſteht mir nicht zu Gebote. Der obige Text iſt, auch der Schriftform nach, dem Neigebaur'ſchen Abdruck nachgebildet; das Original hat aber ebenfalls Curſivſchrift.

Digitized by Google

B. Verbesserter Text.

Dasius Breucus[a]) emit mancipioque accepit puerum Apalaustum sive is quo alio nomine est natione Graecum[b]) (apocatum pro uncis duabus), denariis[c]) sexcentis de Bellico Alexandri[d]) (fideiubente) M. Vibio Longo[e]); eum puerum sanum traditum esse furtis noxaque solutum, erronem fugitivum caducum non esse praestari[f]); et si quis eum puerum quo de agitur partemve quam quis ex eo evicerit, quominus emptorem suprascriptum eumve ad quem ea res pertinebit uti frui habere possidereque liceat[g]), tunc quantum id erit quod ita ex eo evictum fuerit (tantum et alterum tantum?) dari[h]) fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexandri; Id fide sua esse iussit[i]) Vibius Longus; proque eo puero qui suprascriptus est pretium eius denarios (sexcentos?) accepisse et habere se dixit Bellicus Alexandri ab Dasio Breuco. Actum (ad castra legionis tredecimae geminae[k]) XVII Kalendas Junias, Rufino et Quadrato consulibus[l]).

Anm. a) Breucus ist der Name einer Völkerschaft in Pannonien. b) So liest Detlefsen S. 612 ohne Zweifel richtig die Worte ***ne gregum***; aber die Bedeutung der folgenden Worte ***apocatum pro uncis duabus*** gesteht er nicht errathen zu können, und ich weiß auch nicht zu helfen, wage kaum zu fragen, ob etwa an ***apocopum*** zu denken sey? c) In dem Zeichen XΘC bedeutet X, das nach Reigebaur mit einem Querstrich versehen war, ohne Zweifel den Denar, das folgende dann die Zahl DC., also sexcenti. d) Bellicus vielleicht der Name eines Sklaven, dessen Herr, Alexander, als Soldat ihm diesen kriegerischen Namen beigelegt haben mochte? e) Vibius Longus kommt weiter unten ausdrücklich als fideiussor des Verkäufers vor; daher vermuthet Detlefsen S. 615, daß für fr. zu lesen sey ***fideiubente*** abgekürzt fj, das M. aber vielleicht ganz zu streichen sey, da es unten bei demselben Namen nicht wieder vorkommt. Hiernach müßte man aber voraussetzen, was allerdings möglich ist, daß Vibius Longus für beide Contrahenten bei dem ursprünglich mündlich abgeschlossenen Kaufcontract Bürge geworden sey; denn ***emit***

Digitized by Google

fideiubente Vibio Longo heißt: er hat gekauft unter Bürgſchaft des Vibius Longus für ihn, den Käufer. f) So verbeſſert Detleſſen S. 616 unverkennbar richtig den corrupten Neigebaur'ſchen Text. Derſelbe bezweifelt jedoch auch noch die Richtigkeit des *traditum esse*, ohne Grund; denn der Sklave konnte ſchon vorher tradirt ſeyn und ſo ſollte das *sanum esse furtis noxaque solutum* nur in Rückſicht auf die Zeit der Tradition garantirt ſeyn; die Haftung wegen der übrigen Fehler aber wird auf die Gegenwart geſtellt, weil dieſe, wenn auch erſt ſpäter ſich kundgebend, doch als ſchon in jenem Zeitpunkt vorhanden angenommen werden konnten. *Caducum non esse* bezieht ſich auf die Epilepſie (den *morbus comitiales*, L. 53. D. de aed. ed. 21. 1.), die jedoch in den Rechtsquellen ſonſt meines Wiſſens nicht durch jenen Ausdruck bezeichnet wird. g) So und nicht *liceret* iſt ohne Zweifel zu leſen, ſo wie vorher *qda*, d. i. *quo de agitur*, ſtatt *qdr.* h) Hier wird deutlich die Haftung nach Verhältniß des evincirten Theils normirt (vgl. Anm. h. i. zu Nr. II. Unſicher aber iſt hier, ob das Intereſſe oder der Preis, und ob das Duplum des erſten oder letzten Gegenſtand der Stipulation war. Aus den Zeichen TR PRO iſt dieß ſchwer herauszuleſen, zumal da aus dem O gewiß ein D zu machen iſt = dari, wie es nachher wieder vor FP (fide promisit) vorkommt, das vorhergehende R aber *recte* und vielleicht P noch *probis* bedeuten kann. Da jedoch beim Sklavenkauf duplae stipulatio ganz gewöhnlich war, ſo iſt wahrſcheinlich daß auch hier in den Siglen noch ein *alterum tantum* verſteckt liegt. Sollte das Intereſſe Gegenſtand der Stipulation ſeyn, ſo müßte wohl *quanti id erit* geleſen werden, womit ſich übrigens auch ein *alterum tantum* wohl verträgt (vgl. das Stadtrecht von Malaca cap. 67.). *Quantum* geht mehr auf den evincirten Gegenſtand ſelbſt; entſprechend dieſem *quantum* möchte man etwa erwarten: *tantum pretii* (oder *tantam pretii partem*) *et alterum tantum*. i) Vgl. Anm. i. zu Nr. I. k) Nach den Zeichen KARIABLEG XIII in der Unterſchrift unſerer Urkunde findet Neigebaur nicht ein S, wie Seidl anführt, ſondern ein Schriftzeichen, das zunächſt einem G ähnlich ſehe, und er er-

Digitized by Google

klärt dieß durch *gemina*. So haben wir die Legio XIII. gemina, und es liegt nahe, in dem ſonderbaren KARIAB die Worte *ad castra* zu vermuthen, und ſowie oben geſchehen, zu reſtituiren. Die Legio XIII gemina war nämlich ſeit Trajan in Dacien ſtationirt, wovon eine Menge von Inſchriften Zeugniß geben (vgl. Pauly Realencyclopädie der Alterthumswiſſenſch. IV. S. 892), und finden wir dort auch einen feſten Platz unter dem Namen castra nova angeführt, der aus dem Standort einer Legion entſtanden ſeyn wird. 1) d. i. im Jahr d. St. 895., nach Chr. 142., unter der Regierungszeit des Divus Pius, nur um drei Jahre ſpäter als Nr. II.*)

IV. Fragmente einer Urkunde über den Kauf eines halben Hauſes vom 5. Mai des J. 159 nach Chr.

A. Nach der Leſung von Detleffen a. a. O. S. 638.

andu eja batonis habere recte ljceat et sj
quis eam domum partem djmjdiam partemve quam quis
ex ea cujcerit quo *minus andueja batonis e a q e r p*
*ha*bere *possi*dere *usuque capere recte ljceat q. d*
jta ljcjtum non erit tum quantum jd erit
quod . . . . . p
r d fjde rogavit andueja batonis darj fjde
promisit veturius valens
proque ea domu djmidja preljum * ccc *veturjus*
valens ab andueja batonis accepisse et abere se
djxit convenitq. inter eos ulj veturjus valens
pro ea domu usque ad recensum tributa dependat
act alb majorj III. non ma*jas* qui*ntillo et prisc.cos.*

Anm. „Die geraden Lettern bezeichnen unſre Ergänzungen", ſo ſagt der Herausgeber; „ein großer Theil der übrigen Buchſtaben iſt jedoch ebenfalls ſo verletzt, daß oft nur noch kaum erkennbare Züge davon übrig ſind."

B. Vollſtändigere Leſung.

Andueja Batonis domum, quae est . . . . . partem dimidiam emit a Veturio Valente denariis trecentis,

*) Nach einer mündlichen Notiz wäre *canaba* (d. i. Schreibhütte) zu leſen.

Digitized by Google

eiusque domus quae suprascripta est partis dimidiae vacuam possessionem Anduejae Batonis tradidit Veturius Valens; neque per Veturium Valentem venientesque ab eo personas neque per alios fieri, quominus eam domum partem dimidiam [a]) Andueja Batonis[b]) habere recte liceat, et si quis eam domum partem dimidiam[c]) partemve quam quis ex ea evicerit, quominus Andueja Batonis eumve ad quem ea res pertinebit habere possidere usuque capere[d]) recte liceat, qua die ita licitum non erit, tum quantum id erit quod ***ita evictum ex ea fuerit*** — oder ***ita habere possidere usuque capere licitum non erit — et alterum tantum***[e]) recte dari fide rogavit Andueja Batonis, dari fide promisit Veturius Valens; proque ea domu dimidia pretium denarios ccc[f]) Veturius Valens ab Andueja Batonis accepisse et habere se dixit; convenitque inter eos, uti Veturius Valens pro ea domo usque ad recensum tributa dependat[g]).

Actum Alburno maiori[h]) III. Nonas Majas Quintillo et Prisco consulibus[i]).

a) Ich gebe dieſen Verſuch der Ergänzung mit Rückſicht auf L. 11. §. 8. 18. D. de act. emti. 19. 1. L. 38. 83 pr. D. de V. O. 45. 1., natürlich salvo meliori. Eine Stipulation auf ***vacuam possessionem tradi*** (L. 3. §. 1. D. de act. emti.) iſt nicht zu vermuthen, vielmehr nach dem ſpätern ***usuque capere*** und der am Ende vorkommenden Beſcheinigung der Zahlung des Kaufpreiſes wahrſcheinlich, daß die Tradition ſchon geſchehen war, nicht aber Mancipation, wenn anders das Kaufobject deren fähig war. Nach ***domum quae est*** muß man ſich die nähere Bezeichnung des Hauſes hinzudenken, ähnlich wie in des Flavius Syntrophus Schenkungsurkunde: „hortulos qui sunt via Labicana inter miliarium I. et II., euntibus ab urbe parte laeva, ad viam.“

b) Andueja — wie es ſcheint ein Sklavenname, wodurch denn wahrſcheinlicher würde, daß auch der Maximus Batonis, Dasius Verilonis, Bellicus Alexandri, Alexander Gariccii in Nr. I.—III. Sklaven waren. Man kann zweifeln ob Andueja ein männlicher oder weiblicher Name? Im letzten Falle wäre es ſehr auffallend, daß Andueja zweimal im Accu-

Digitized by Google

sativ vorkommt statt Anduejam; im ersten Fall ließe sich dieß mit Detleffen etwa daraus erklären daß der Schreiber den barbarischen Namen als indeclinabel angesehen habe. Doch hält jener auch für möglich, daß der Schreiber in die offene Stelle seines Formulars gedankenlos den Namen im Nominativ eingeschrieben habe. c) Auch das ***eam domum partem dimidiam*** erklärt derselbe nach einer ihm von Mommsen gegebenen Andeutung aus einer ähnlichen Gedankenlosigkeit; der Schreiber hätte vergessen das ***eam domum*** des Formulars in den Genitiv umzusetzen. Ich nehme Anstand dem beizutreten; es ist denkbar daß jener Ausdruck gebräuchlich war, um die pars dimidia pro indiviso zu bezeichnen, im Sinne von ***eam domum, scilicet pro parte dimidia*** oder ***quoad partem dimidiam.*** d) Dieses ***usucapere*** erregt mit Recht großes Bedenken (Detleffen S. 646). Ist es im eigentlichen Sinn genommen, dann müßte das Haus auf italischem Boden belegen seyn. Dieß wäre nun zwar an sich nicht unwahrscheinlich, da in Dacien mehrere coloniae iuris italici bestanden (L. 1. §. 8. 9. D. de cens. 50. 15.); aber wie vereinigt sich damit die Verabredung am Ende der Urkunde (vgl. Anm. g)? Hat der Schreiber an die longi temporis praescriptio gedacht? oder hat er auch hier ein (italisches) Formular gedankenlos nachgeschrieben? Das letzte anzunehmen geben uns sonst, wie Girtanner mit Recht bemerkt, die Siebenbürgischen Urkunden keinen Grund. Ein anderes Bedenken, das sich Detleffen aufwirft, wegen der Sklaveneigenschaft des Käufers, ist dagegen unbegründet. Denn konnte der Käufer selbst nicht usucapiren, so usucapirte is ad quem ea res pertinebat, d. i. der Herr, selbst ohne Wissen, wenn der Sklave peculiari nomine erworben hatte (vgl. meine Pand. §. 160. not. l. e) Vgl. bezüglich dieses Ergänzungsvorschlags Anm. i. zu Nr. II. und Anm. h. zu Nr. III. f) In Ansehung dieser Preisangabe ist der Herausgeber selbst sehr in Zweifel (S. 644); er bemerkt daß man den Schriftzeichen nach auch wohl nur 30 Denare herauslesen könnte. Er kommt dabei wegen der Aehnlichkeit der Zeichen auch noch einmal auf das ***plus minus*** in Nr. II. Anm. b. zurück und gibt zu, daß man statt dessen auch etwa ein Alter der Skla-

Digitized by Google

vin von 26 Jahren dort finden könnte; allein dann würde dieſe gewiß nicht mehr puella genannt ſeyn. g) Der Verkäufer verpflichtet ſich die bis zum nächſten Cenſus fällig werdenden Steuern vom Hauſe zu entrichten. Alſo ein tributpflichtiges Haus! Konnte es gleichwohl uſucapionsfähig, alſo in italico solo belegen ſeyn? Und wäre alſo das italicum solum nicht durchaus immune solum geweſen? Und wie verhielt ſich dieſe Hausſteuer zu dem agri tributum? So kann einſtweilen nur gefragt werden. Mit Recht aber hebt Detleſſen S. 645. dieſen Schlußſatz der Urkunde als beſonders intereſſant hervor. h) Vgl. Anm. k. zu Nr. I. i) Plautius Quintillus und M. Statius Priscus, welcher letzte nach anderen Inſchriften auch Legatus Augusti in Dacien geweſen iſt, waren die Conſuln des Jahres 912 d. St. oder 159 nach Chr., und ſtammt alſo auch dieſe Urkunde, wie Nr. II. und III., noch aus der Regierungszeit des Divus Pius Antoninus, während Nr. I. dem nächſten Jahre nach ſeinem Tode angehört.

Das Vorſtehende ſollte nur dazu dienen, die intereſſanten Urkunden in weiterm Kreiſe bekannt zu machen und zu deren gründlicherer Beſprechung anzuregen, wozu es Unterzeichnetem augenblicklich an Zeit gebricht. Einen kleinen Beitrag dazu hat er jedoch auch ſchon in einer Anzeige in den öſterreichiſchen Blättern für Litteratur und Kunſt gegeben. Schließlich mag übrigens noch erwähnt werden, daß nicht nur Herr Domherr Cipariu noch mehrere in ſeinem Beſitz befindliche Wachstafeln entziffert hat und zum Druck bereit hält, ſondern auch Hrn. Dr. Detleſſen von anderer Seite her Verſprechungen von genauen Zeichnungen anderer ähnlicher Documente gemacht worden ſind, und endlich auch Theodor Mommſen auf ſeiner Reiſe in Siebenbürgen mehrere dergleichen entdeckt haben ſoll, die er ohne Zweifel mit bekannter Meiſterſchaft bearbeitet demnächſt veröffentlichen wird. Wir haben demnach noch anſehnliche Bereicherung an rechtsgeſchichtlichen Quellen dieſer Art zu hoffen, und es darf als eine erfreuliche Erſcheinung hervorgehoben werden daß dieſe mit dem Aufſchwunge, den das Studium des römiſchen Rechts und der Rechtsgeſchichte überhaupt neueſtens in Oeſterreich genommen hat, zuſammentrifft, wie auch die Entdeckung anderer Ueberbleibſel des vorjuſtinianiſchen Rechts in un-

Digitized by Google

ferm wie im 16. Jahrhundert mit einer epochemachenden Wendung in der Rechtswissenschaft in Verbindung trat.

Wien, im December 1857.

Nachträglich möge noch erwähnt werden daß Herr Dr. Detlessen bereits, und zwar ebenfalls von dem Herrn Bischof von Karlsburg, ein Bruchstück (den Schluß) eines Triptychem mit einer griechischen Inschrift erhalten und trotz des verderbten Zustandes und der durch doppelte Rescription der Tafel bewirkten Unleserlichkeit großentheils entziffert hat. Wie es scheint, enthält diese Inschrift nicht eine Urkunde, sondern bloß den Entwurf oder die Privataufzeichnung eines Contracts, vielleicht eines Kaufcontracts, mit Zinsversprechen und Pönalstipulation.

Wien, am Tage der Leichenfeier des Radetzky, den 18 Januar 1858.

Dr. Arndts.

Digitized by Google

VI.

Kurze Anzeigen.

1) Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft. Redigirt von Dr. J. Weiske, Professor in Leipzig. Band I.—XI. Leipzig 1838—1857*).

Im VIII. Bande (beim Buchst. P.) durch die Bewegungen des Jahres 1848 unterbrochen, seit 1854 wieder fortgesetzt, ist das Rechtslexikon jetzt bis zum Schlusse des Buchstaben U vorgerückt. Die erschienenen 11 Bände umfassen 645 Bogen gr. Octav; ein starker Band mag noch im Rückstande seyn. Die Kritische Ueberschau findet wohl zu einer eingehenden Besprechung Anlaß, wenn dieses bedeutende Unternehmen vollends abgeschlossen ist. Ohne darin vorzugreifen, möchten wir für dießmal nur auf einen Uebelstand hinweisen, der sich beim Gebrauche des Werkes sehr fühlbar macht, ein Uebelstand, dessen Beseitigung jetzt vor dem definitiven Abschluß noch möglich wäre, wenn auch nicht ohne Schaden für die äußere Symmetrie des Ganzen.

Das Werk kündigt sich schon auf dem Titelblatte als ein Lexikon für die „gesammte Rechtswissenschaft" an. Ebenso liest man im Vorwort: „Es soll das gesammte positive, den Studienkreis der Juristen in Teutschland bildende und von denselben anzuwendende Recht umfassen, insbesondere also das römische und canonische, den Proceß, das Lehenrecht, sowie das gesammte teutsche

*) Im Jahre 1844 erschienen die ersten 4 Bände in einer zweiten, wie es scheint unveränderten Ausgabe.

Digitized by Google

Privat- und Staatsrecht." Allen diesen Disciplinen hat nun auch — nicht immer mit der hier angedeuteten Beschränkung auf positives geltendes Recht — das Lexikon ihren verhältnißmäßigen Raum angewiesen, hat wenigstens keine auf Kosten der übrigen eclatant bevorzugt. Nur das Staatsrecht ist so ungemein stiefmütterlich behandelt worden, daß schon bei flüchtigem Durchblättern das Mißverhältniß in die Augen fällt.

Es sind nach der Anlage des Werkes zwei Classen von Artikeln zu unterscheiden: jeder deutsche Staat erhält einen Artikel, in welchem sein Partikularrecht nach allen Richtungen dargestellt wird, und jede einzelne Rechtsmaterie einen Artikel, der monographisch unter Zugrundlegung des gemeinen Rechtes behandelt wird. Den Einzelstaaten, die bis auf Waldeck und Württemberg erledigt sind, ist der Raum von 91 Bogen gewidmet, darunter freilich fast 30 Bogen allein den thüringischen und anhaltischen Fürsten- und Herzogthümern (Bd. I. II., Bd. XI. S. 1—416), während, Oesterreich, Preußen und Bayern zusammen sich mit 26 Bogen begnügen müssen! Hier kommt nun neben dem Privat-, Straf- und Proceßrecht des einzelnen Staates auch sein Staatsrecht zur summarischen Darstellung. Auf die übrigen Artikel, etwa 400, fallen 554 Bogen und von diesen auf staats- und völkerrechtliche Gegenstände etwa 44, während ein einzelner Zweig des Privatrechtes, das Erbrecht, mit 64 Bogen bedacht ist.

Noch greller tritt jedoch die Vernachlässigung hervor, wenn man nach der Auswahl der behandelten staatsrechtlichen Materien fragt. Es finden sich unter 400 Artikeln etwa 33 hieher gehörige, nämlich:

Adel	Begnadigung	Hoheitsrechte
Administrativjustiz	Cabinet	Huldigung
Advocat	Concession	Immunität
Aedil	Disciplin	Juden
Aerar	Expropriation	Kriegsrecht
Archiv	Fremdenrecht	Landstände
Asylrecht	Gabella emigrat.	Meister
Austrag	Gemeinde	Polizeirecht
Auswanderung	Gericht	Rittergüter
Autonomie	Gesandte	Schiffs- u. Seerecht
Beamte	Gesetz	Staatspapiere, Papiergeld

Sehr sorgfältig ist die kirchenrechtliche Partie des Lexikons bearbeitet, und diesem Umstande verdankt der Staat noch einige

Digitized by Google

zur Halbscheid auch ihn berührende Artikel von Jacobson, namentlich den umfassenden „Staat und Kirche." Man bemerkt übrigens, daß von den oben verzeichneten Artikeln wohl die Hälfte einem ausschließlichen Proceß-, Privatrechts- und Criminallexikon ebenfalls unentbehrlich gewesen wären, daß also auch hier das Staatsrecht am Ende nur im Gefolg anderer Disciplinen Zutritt gefunden hat.

Vergleicht man diese Zusammenstellung, bei der uns höchstens der eine oder andere Artikel von untergeordneter Bedeutung entgangen seyn könnte, so wird im Rechtslexikon vom Adel gehandelt, aber nicht von den besonderen Rechtsverhältnissen der Standesherren, obwohl auf einen solchen Artikel verwiesen ist — von den römischen Aedilen, aber nicht von deutschen Ministerien und andern Regierungsbehörden, überhaupt nicht von der Organisation der Staatsverwaltung — vom römischen aerarium, aber nicht von der Staatscasse und den Domänen im heutigen Staat, — von der Austrägalordnung des deutschen Bundes, aber nicht vom Bunde selbst und dem übrigen Bundesrecht, — von der Auswanderung, nicht auch von der Einwanderung, — vom fürstlichen Cabinet und von den Hoheitsrechten, aber nicht von den Majestätsrechten des Staatsoberhauptes, noch von der Thronfolge, den Civillisten, Schatullgütern u. s. w., — vom Fremdenrecht, aber nicht vom Rechte der Einheimischen, also nicht vom Indigenat, von den politischen Rechten und Pflichten der Unterthanen, — von Hoheitsrechten, aber nicht von den Regalien im engeren Sinne, obwohl auf diesen Artikel verwiesen wird. Ueberhaupt scheint die ganze Lehre von der Staatswirthschaft und von den Steuern insbesondere durch den Artikel „Staatspapiere, Papiergeld ꝛc." vertreten zu seyn.

Diese Proben sind wohl genügend um den Nachweis zu führen, daß das Rechtslexikon, wenn es seine Aufgabe einigermaßen auch auf dem staatsrechtlichen Gebiete lösen will, in den letzten Heften noch ansehnliche Nachträge wird bringen müssen. Bis jetzt liegen, so nahe am Schluß des Werkes, nur Bruchstücke vor, darunter allerdings einige von bedeutendem Werth*). Ein Theil

*) Auch durch seinen Umfang ausgezeichnet ist der Art. „Landstände" von Wilda (8½ Bogen), der sowohl die geschichtliche Entwicklung als den gegenwärtigen Zustand behandelt.

Digitized by Google

der Hauptlücken läßt sich ohne Störung der alphabetischen Ordnung ausfüllen durch größere Artikel über Verfassung, Verwaltung und Volksrechte. Ein Artikel „Völkerrecht" ist ohnehin noch in Aussicht. Möglich, daß auch von den zuvorgenannten der eine oder andere schon in den Redactionsplan aufgenommen ist; jedenfalls durften wir im Hinblick auf die erschienenen 11 Bände auch von dem ausstehenden Rest nur die mäßigsten Erwartungen hegen*).

Br.

---

2) Die Verpfändung von Nichteigenthum nach gemeinen Rechten von E. Lehenkuhl. Dorpat 1856.

3) Vergleichung der kurländischen Rechtsbestimmungen über die Bürgschaft mit den einschlägigen gemeinrechtlichen, von Gustav Vorkampf-Laue. Mitau, 1856.

Nicht wegen der Verwandtschaft des Inhalts, sondern wegen der Gemeinschaft des Ursprungsortes nennen wir diese beiden Abhandlungen zusammen. Sie sind uns zugekommen von einem äußersten Vorposten deutscher Gesittung und Wissenschaft, zum Zeichen, daß man sich dort der durch diese Elemente begründeten Verbindung mit Deutschland noch wohl bewußt ist, wenn gleich das deutsche Schwert, das jenen Vorposten gewonnen, längst ins Grab gesenkt und dessen Gewinn der Herrschaft des slavischen Stammes verfallen ist. Beide sind Dorpater Inauguralabhandlungen. Die erste bespricht nach einer Einleitung S. 1—7: A. die Verpfändung von Rechten (iura in re und Forderungsrechten) S. 8—31; B. die Verpfändung, welche jemanden vermöge seiner Administrationsbefugnisse über fremde Sachen gestattet ist S. 32—35; C. die Verpfändung fremder Sachen S. 36—51; D. die Verpfändung zukünftiger Sachen S. 52—64. Diese Punkte sind bekanntlich noch in neuerer Zeit Gegenstand mehrfacher Untersuchungen mit sehr abweichenden Resultaten gewesen (vgl. Arndts Pandecten §. 367, 382, 384). Der Verfasser hat mit Benutzung derselben bestimmte Resultate zu gewinnen versucht. Dabei vermissen wir jedoch eine Berücksichtigung der bezüglichen Abhandlungen von v. der Pfordten, Lang und Schmidt. Auch können wir nicht sagen, daß durch ihn die streitigen Fragen zum Abschluß gebracht oder wesent-

*) Die seither erschienenen 2 Lieferungen des XII. Bandes, die bis zum Art. „Verjährung" reichen, enthalten nichts Staatsrechtliches.

Digitized by Google

lich gefördert worden seyen, noch können wir uns mit allen Behauptungen einverstanden erklären. Wenn er z. B. S. 23. zur Begründung der Behauptung, daß „dem Afterpfandgläubiger zugleich die Forderung verpfändet sey", anführt: ohnedieß habe derselbe, da er an das Pfandobject nicht kommen konnte, als bis auch die Schuld des ersten Schuldners fällig geworden, vor der Verfallzeit des verpfändeten Pignus kein Mittel gehabt sich sicher zu stellen, „es wäre ihm hiernach höchst unbilligerweise die regelmäßige Befugniß eines jeden Pfandgläubigers nicht zugekommen, zu der Zeit, wo seine Forderung fällig ist, von dem Pfandrecht Gebrauch machen zu können," so ist dieß gewiß eine Argumentation, die kaum unhaltbarer erfunden werden könnte. Denn das ist eben die Frage, ob ihm noch eine Sicherheit durch die Forderung des Afterverpfänders an sich, abgesehen von der in dem Afterpfand liegenden, die sich natürlich nicht über das Recht des letzten hinaus erstreckt, gegeben sey oder nicht. Und wenn er die Frage durch die bekannte L. 13 §. 2. D. de pignor. entschieden hält, so hat neuerdings Brinz (Pand. I. S. 324) gezeigt, daß auch ohne Huschke's kühne Conjectur dieser Stelle die Beweiskraft abgesprochen werden kann, obwohl derselbe mit unserm Verfasser und Huschke darin übereinstimmt, daß durch die Afterverpfändung nicht das Pfandrecht, sondern das Pfand verpfändet werde. Gerade von diesem Standpunkt aus sagt Brinz S. 325 ganz richtig: man müsse sich dem Afterverpfänder wie den (zuerst verpfändenden) Eigenthümer denken, der nichts verpfändet als das Pfand, namentlich nicht irgend eine Forderung neben dem Pfand. Unter Nr. D. faßt der Vf. zusammen den Fall der Verpfändung des gegenwärtigen und künftigen Vermögens, den der Verpfändung einer fremden Sache unter der Bedingung künftigen Erwerbes, der Verpfändung einer res aliena debita und der Verpfändung künftiger Früchte. In allen diesen Fällen behauptet er den einfachen Grundsatz, daß erst der Erwerb den Anfang des Pfandrechts bestimme, also unter mehreren Gläubigern, denen vor diesem Zeitpunkte nach einander dasselbe Object verpfändet worden, das „prior potior" nicht zur Anwendung komme, ohne jedoch zur Beseitigung der diesem Grundsatz entgegenstehenden Bedenken etwas Neues vorzubringen. Dagegen hält er sich, was den Fall der Convalescenz der Verpfändung einer fremden Sache betrifft, schlechthin an den einfachen Wortsinn der bekannten

Digitized by Google

L. 9. §. 3. D. qui pot., wonach man mit Windscheid anerkennen müßte, daß hier das römische Recht in seiner Entwickelung stehen geblieben sey (Arndts Pand. §. 371 Anm. 1).

Bedeutender ist die zweite Abhandlung. In fünf Abschnitten handelt sie 1) von dem beneficium divisionis der Mitbürgen, S. 1 — 38, 2) von dem beneficium excussionis, S. 39 — 64, 3) von dem Regreß gegen den Hauptschuldner und Mitbürgen, S. 65 — 80, 4) von Umfang und Dauer der obligatio fideiussoria, S. 81 — 95, 5) von der Verjährung der Bürgschaftsklage, S. 96. Der letzte Absatz bespricht nur in wenigen Worten die singuläre Bestimmung der kurländischen Statuten §. 146: „Verbalis fideiiussio, quae in scriptis redacta non est, anno expirat", wobei aber zu bemerken ist daß die allgemeine Verjährungsfrist im kurländischen Recht auch schon auf fünf Jahre herabgesetzt ist. In den vier ersten Abschnitten wird allemal zuerst unter A. das römische, dann unter B. das kurländische Recht dargelegt, beides in lobenswerther Weise, einfach und klar, ohne Prätention, wobei nur zu bedauern ist, daß dem Verfasser Girtanners gründliche Bearbeitung der Lehre von der Bürgschaft nicht bekannt zu seyn scheint. Zu 1) führt der Verfasser aus, daß das kurländische Recht mit dem gemeinen Recht im Ganzen übereinstimme; eine Abweichung liegt nur darin, daß der Gläubiger, welcher von einem der Bürgen ohne Vorbehalt die ihn treffende Rate sich zahlen läßt, dadurch alles weiteren Anspruchs gegen diesen verlustig wird; sodann nach einigen Statuten daß durch die Correalclausel („eine vor alle") das beneficium divisionis ausgeschlossen ist. Zu 2) führt der Verfasser als einen im kurländischen Recht ausdrücklich anerkannten Grund der Ausschließung des beneficium excussionis, neben dem Verzicht, der insbesondere in der Verpflichtung als Selbstschuldner oder expromissorischer Bürge gefunden wird, noch den an: „vi debitor adeo fit potens, ut a creditore excuti non possit." Er sucht aber nachzuweisen daß diese Bestimmung nicht so zu verstehen sey, als ob die potentia des Hauptschuldners, im Sinne einer persönlichen Ueberlegenheit, einen selbständigen Ausschließungsgrund der exceptio ordinis abgebe, was im Widerspruch stünde mit dem anerkannten Grundsatz daß jedermann ohne Ansehen der Person in privatrechtlicher Beziehung unter seinem Richter stehe, gegen niemanden die Rechtsverfolgung

Digitized by Google

unmöglich oder auch nur erschwert sey. Die Worte „ut excuti non possit“ sollen nur eine Erklärung des „potens“ seyn; weil der Schuldner nicht belangt werden könne, sey er mächtig, nicht umgekehrt; und so soll darin nur eine Anerkennung des gemeinrechtlichen Grundsatzes liegen, daß die Unmöglichkeit der Belangung des Hauptschuldners das Beneficium ausschließe. Diese Auslegung scheint uns aber den Worten Gewalt anzuthun. Der Verfasser selbst sagt S. 61, daß das Wort „excuti“ nicht auf das bloße Belangen, sondern auf eine petitio cum effectu hindeute. So braucht denn auch das „excuti non possit“ nicht als absolute Unmöglichkeit der Klage erklärt zu werden. Man ist auch wohl berechtigt, das „non possit“ nicht zu streng als völlige Unmöglichkeit zu verstehen, sondern etwa zu übersetzen mit den Worten „daß der Gläubiger nicht wohl Zahlung von ihm beizutreiben vermag.“ Dann findet man darin eine Anerkennung des Satzes, den der Verfasser S. 61 trotz jener Bestimmung nach der in nov. 4. cap. 1. ausgesprochenen Ratio auch für Kurland als geltend in Anspruch nimmt: daß nämlich das Beneficium überall da zu versagen sey, wo die Verfolgung des Hauptschuldners, wenn auch nicht rechtlich unmöglich, so doch aus factischen Gründen entweder effectlos oder mit zu großem Zeitverluste oder mit Schwierigkeiten für den Gläubiger verbunden seyn würde. Bemerkenswerth ist noch daß in der Mitau'schen Polizeiordnung bei Bürgschaften der Kaufleute das Beneficium ausdrücklich ausgeschlossen ist, sodann daß die neuerdings von Girtanner vertheidigte Behauptung, wornach die Saumseligkeit des Gläubigers in Verfolgung des Hauptschuldners den Bürgen befreien soll (vgl. Arndts Pand. §. 357 Anm. 2), in der dortigen Praxis verworfen wird, unter Anführung des beachtenswerthen Grundes, daß ja auch der Bürge seinerseits Sicherheitsmaßregeln gegen den Schuldner treffen oder den Gläubiger zum Klagen provociren könne. Was 3) den Regreß des Bürgen betrifft, so entwickelt der Verfasser auch hier zuerst die richtigen Grundsätze des gemeinen Rechts, und zwar vertheidigt er gegen Savigny, ohne Girtanner zu kennen, ganz gut die communis opinio, daß auch gegen den Mitbürgen ein erzwingbarer Anspruch auf Klagabtretung bestehe, hat jedoch nicht den Satz Girtanners, daß auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt bei der Zahlung an den Hauptschuldner die Cession regelmäßig als geschehen anzunehmen sey (Arndts Pand.

Digitized by Google

§. 356 Anm. 2), aufgenommen. Er führt sodann aus, daß auch in diesem Punkte das kurländische Recht mit dem gemeinen übereinstimme. Zwar scheinen einige Statuten ein directes Klagerecht gegen die Mitbürgen als Regreßpflichtige anzuerkennen; allein er glaubt diese beschränkend dahin erklären zu müssen, daß sie dem gemeinrechtlichen Grundsatze, wornach der Bürge den Mitbürgen nur ex iure cesso auf theilweisen Ersatz belangen könne, nicht derogiren. Ferner möchte man auch dem Hauptschuldner gegenüber zwar in einer Bestimmung der kurländischen Statuten, wonach gegen jenen die Regreßklage nicht eher stattfinden soll, als bis der Bürge entweder gezahlt hat oder doch verurtheilt ist, einen allgemein anerkannten Regreßanspruch zu finden glauben; allein auch darin liegt nach der Ansicht des Verfassers eine Abweichung vom gemeinen Rechte nicht, da sie nichts über die Begründung des Klagerechts, sondern dieses vorausgesetzt nur über den Zeitpunkt seiner Ausübung ausspreche, wie daraus hervorgehe, daß anderwärts das beneficium cedendarum actionum als völlig praktisch bezeichnet sey. Hätte der Verfasser die obenerwähnte Ansicht Girtanners gekannt, so würde er vielleicht geneigter gewesen seyn, in jenen Bestimmungen die Anerkennung eines regelmäßig in jedem Fall ohne weiteres entstehenden Regreßanspruchs zu finden, wo nicht besondere Gründe, z. B. der animus donandi des Bürgen, denselben ausschließen. Mit Recht bemerkt er übrigens, daß durch die letzte Statutarbestimmung nur die Ersatzklage gegen den Hauptschuldner hinausgeschoben, nicht eine Klage auf Befreiung von der Bürgschaftsverbindlichkeit, wo sonst eine solche durch das Verhältniß zwischen Bürgen und Hauptschuldner begründet wäre, ausgeschlossen sey. Endlich im vierten Abschnitt führt uns der Verfasser für den gegen Madai vertheidigten Satz, daß der Bürge (im Zweifel) in demselben Umfange wie der Hauptschuldner, also auch für Nebensachen, hafte, eine deutliche Bestätigung in den kurländer Statuten an („tamdiu ipse et heredes ipsius obligati erunt, quoad contractibus per omnia sit satisfactum"), aber eine Abweichung davon in zwei Stadtrechten, wornach der Bürge „vor den Schaden" nicht haften darf, „es wäre denn ein anderes paciscirt und bedingt;" und fügt dann noch eine Erörterung über die Wirkung zeitlicher Beschränkung der Bürgschaft an. — Die Schrift ist ein lobenswerther Beitrag zur Literatur

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

des gemeinen Civilrechts, welchem dort an den Küſten der Oſtſee jenſeits wie dieſſeits der ruſſiſchen Gränze noch ein anſehnliches Gebiet praktiſcher Geltung vergönnt iſt. A.

---

4) Dr. L. Rückert, der Begriff des gemeinen deutſchen Privatrechts. Erlangen, Ferd. Enke. 1857. S. 121.

Eine neue Unterſuchung über den Begriff des gemeinen deutſchen Rechtes, nicht bloß des Privatrechts, iſt ſicherlich ein dringendes Bedürfniß der gegenwärtigen Jurisprudenz. Die herkömmlichen Vorſtellungen und Anwendungen halten einer gründlichen Kritik ſchwerlich Stand. Unſeres Erachtens muß die Kritik ſowohl hiſtoriſch als philoſophiſch verfahren, hiſtoriſch, indem ſie die Umwandlung welche das deutſche gemeine Recht ſelbſt und die wiſſenſchaftliche Betrachtung derſelben während des letzten Jahrhunderts erfahren hat, ſorgfältig verfolgt, und philoſophiſch, indem ſie das natürliche Verhältniß des Gegenſatzes, gemeines und beſonderes (particuläres) Recht zu dem gemeinſamen Rechtsbegriff aufzeigt.

In obiger Schrift ſchätzen wir den — in beſchränkterem Sinne verſtandenen — Verſuch einer Löſung. Der Verfaſſer betrachtet die Aufgabe von dem Standpunkt der Hegel'ſchen Philoſophie, den wir freilich nicht für glücklich gewählt erachten, prüft dann einige der bisherigen Theorien (insbeſondere die formale, welche nur in der Gemeinſchaft der Rechtsquellen das gemeine Recht entdeckt, und die Gerberiſche, welche im Grunde gar kein gemeines Privatrecht, ſondern nur ein nationales Rechtsbewußtſeyn kennt, und kommt dann zu folgenden eigenen Theſen, denen wir einige kurze Bemerkungen anfügen:

1) Das gemeine deutſche Privatrecht wird gebildet durch den den deutſchen Particularrechten effectiv gemeinſamen Rechtsſtoff, welcher aus den darin enthaltenen abſtracteren Sätzen beſteht. (Mit Recht legt der Verfaſſer auf die gemeinſame Subſtanz, wir würden ſagen auf den nationalen Charakter und Geiſt in den Landesrechten den Nachdruck im Gegenſatz zu bloßer formaler Gemeinſchaft der Rechtsquelle. Damit wird aber doch nur der zur Zeit noch wichtigſte Beſtandtheil des gemeinen deutſchen Rechts bezeich-

Digitized by Google

net, und der andere Bestandtheil — des in Wesen und Form gemeinsam-deutschen Rechts, welcher im Wachsthum begriffen ist, ignorirt.)

2) Die Dogmatik dieses Rechts hat den gleichen Zweck wie die Darstellung einzelner Particularrechte, nämlich den das Anwendbare logisch zuzubereiten und in die Hände des Richters zu überliefern.

3) Da somit das gemeine Recht zugleich particuläres ist, so ist eine eigene Wissenschaft desselben nur aus dem Grunde nothwendig, weil in der Bearbeitung des Rechts eine Arbeitstheilung und Arbeitsvereinigung und für die Nachfrage nach Belehrung ein freier Verkehr in möglichst weitem Kreise stattfinden soll, das aber nur dann gelingt, wenn eine eigne Wissenschaft den gemeinsamen Stoff auch als einen gemeinsamen aufzeigt. (Das gemeine deutsche Recht ist zwar großentheils ein Bestandtheil der Landesrechte und insofern mit dem andern bloß particulären Bestandtheil derselben Landesrechte verbunden, aber da es außerdem auch gemeines deutsches Privatrecht gibt, welches als solches in gemeinrechtlicher Form erscheint, und da auch die erstere Bedeutung desselben doch in dem Grunde der Nationalität wurzelt, so hat die Wissenschaft des gemeinen deutschen Rechts doch auch noch die höhere Bestimmung, den deutschen Nationalgeist auf dem Rechtsgebiet wach und lebendig zu erhalten und der völligen Zerfahrenheit in die Bruchtheile der Nation entgegenzuwirken.)

4) Die Darstellung eines solchen gemeinen Rechts ist möglich, sobald sich zeigt daß ein gemeinsamer Stoff vorhanden ist. Da aber die Gesetzgebung und die Gewohnheit so vieler Particulargebiete formell die Macht haben ihr diesen Stoff wieder zu entreißen, so entsteht die Vorfrage ob die Uebereinstimmung der Particularrechte (unseres Erachtens darf man nicht von einer äußerlichen Vergleichung der Particularrechte ausgehen, und es kommt weniger auf das Zusammenstimmen vieler Particularrechte, als darauf an, ob dieselben mehr oder weniger von nationalem Geist erfüllt sind) eine zufällige und vorübergehende, oder eine nothwendige und dauernde sey. Diese Vorfrage, mit anderen Worten, ob die deutschen Stämme eine Nation im vollen Sinn des Wortes bilden, beantwortet die Geschichte. B.

Digitized by Google

5) **Dr. Ch. F. M. Eisenlohr.** Das literarisch-artistische Eigenthum und Verlagsrecht. Schwerin 1855. 118 S.

6) **Dr. Oscar Wächter.** Das Verlagsrecht mit Einschluß der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck. I. Bd. Stuttgart 1857. 484 S.

Die Schrift von Eisenlohr ist ein Versuch einer kurzen systematischen Darstellung der Lehre, nimmt aber zu wenig Rücksicht auf die vorhandene Literatur — das Werk von Rénouard ist trotz unserer Erinnerungen sehr ungenügend beachtet — und ist in den Begriffen nicht scharf. Eisenlohr nimmt die Eigenthumstheorie wieder auf, ohne die Gründe dagegen widerlegen zu können, und kommt zu der Definition (§. 27): „Wie das Eigenthum die totale rechtliche Herrschaft über ein physisches Object ist, so ist das literarisch-artistische Eigenthum die totale rechtliche Herrschaft über ein intellectuelles Object; beide erstrecken sich über eine Sache, die eine über eine formirte Materie, die andere über eine formirte Idee", als ob es sich hier um Herrschaft handelte, wo nur die Mittheilung in Frage ist; und als ob die Idee, die ohne Form gar nicht denkbar ist, um der Form willen aufhörte, Geist zu seyn! Ein anderes Beispiel der ungenügenden Begriffsbestimmung ist die überweite Definition des literarischen Erzeugnisses, als welches „jede durch die Sprache veranschaulichte Vorstellung bedacht" (§. 30), also auch, wie er selber beifügt: „das leere Geplapper der Thoren und die Gespräche beim ästhetischen Thee."

Mit dem Buche von Wächter haben wir endlich ein Hauptwerk über diesen Stoff erhalten, welches sich den besten ausländischen Werken würdig an die Seite setzen darf. Die bisherige Literatur darüber ist vollständiger gekannt und fleißiger benutzt als in irgend einem früheren Werke, und die juristische Bearbeitung des Rechtsstoffs durchweg gesund, scharfsinnig, präcis. Die splendide Ausstattung des Buchs ist überdem geeignet, seine Vorzüge ins hellste Licht zu stellen. Man liest es mit Vergnügen.

Wächter nennt das Autorrecht mit Vorliebe Verlagsrecht, obwohl er den Ausdruck Autorrecht ebenfalls anerkennt, und bezeichnet damit die Richtung seines Grundgedankens auf Verlag. Es versteht sich, daß er den ältern mit jenem Ausdruck häufig verbundenen Irrthum, daß eher der Verleger als der Autor zu schützen sey, zu vermeiden angelegen bemüht ist. Er weiß sehr wohl daß das ursprüngliche Verlagsrecht bei dem Autor ist. Eben-

Digitized by Google

so ist er ganz frei von den frühern unhaltbaren Auffassungen des Privilegiums oder einer bloßen gesetzlichen obligatio ex delicto, welche die Verletzung des Autorrechts straft ohne von einem Autorrecht zu wissen, und verwirft die unjuristische Vorstellung des literarisch-artistischen Eigenthums entschieden. Aber indem er den Nachdruck auf den Verlag legt, d. h. „auf die Nutzung des Werkes mittelst Vervielfältigung oder Veröffentlichung" (§. 11), erklärt er dasselbe als ein wesentliches Vermögensrecht, wenn auch nicht für ein Sachenrecht, und bestreitet auch meine Auffassung desselben als eines wesentlich persönlichen Rechts (§. 10). Er nennt es geradezu ein „Gewerberecht" und vergleicht es mit Rücksicht auf dessen vermögensrechtliche Bedeutung mit den Realgewerberechten. S. 113: „Während nämlich an sich das Recht ein Gewerbe zu treiben, ein Personenrecht ist, wird es durch die Verknüpfung mit einer Sache zu einem mit der Sache veräußerlichen und vererblichen Rechte." Ebenso erhält „das Personenrecht, welches dem Schutze des Autors zu Grunde liegt, nun einen vermögensrechtlichen Charakter, indem es wesentlich als Recht der Nutzung eines bestimmten Erzeugnisses erscheint, und in dieser concreten Gestalt Object vermögensrechtlichen Verkehrs, veräußerlich und auf andere übertragbar wird." Man sieht, die Differenz zwischen seiner Darstellung mit meiner Auffassung des Autorrechts, als eines Personenrechts in seiner primären, und als eines Vermögensrechts in seiner secundären Bedeutung, für welche auch Beseler Privatrecht §. 228 sich erklärt hat, ist sehr gering. Ich erkenne an, daß seine Kritik gegen meine Darstellung insofern im Rechte ist, als ich in der That das Moment der Autorehre zu sehr hervorgehoben habe, während das bestehende Recht so feine und geistige Rücksichten nicht zu nehmen vermag, sondern sich begnügt, das Autorrecht insoferne zu schützen, als ein Verlagsobject vorliegt, worüber zu verfügen nur dem Autor gebührt. Aber nach diesem Zugeständniß bleibt das wesentliche meiner Behauptung dennoch unversehrt bestehen, daß die persönliche Bedeutung des Autorrechts die erste und zur Erklärung des Begriffs wesentliche, die vermögensrechtliche Seite aber die zweite und für das Verkehrsleben praktisch wichtigste sey. Wächter geht wohl gelegentlich hinwieder zu weit, indem er das letztere industrielle Moment zu ausschließlich beachtet. Würde das Autor-

Digitized by Google

recht zunächst als ein Gewerberecht, und als ein industrielles Recht geschützt, so bliebe unerklärt, weßhalb denn das Hauptgewicht auf die „zeitige Hervorbringung" nicht auf die Verlagskosten noch auf den Verlagswerth, auf die Originalität des Werks, nicht auf seine Brauchbarkeit im Verkehr, auf die künstlerische Hervorbringung und die artistische Bedeutung im Gegensatz zu dem industriellen und sächlichen Gebrauchswerth künstlerisch geschmückter Geräthschaften gelegt wird. Und es bliebe ferner unerklärt daß das Autorrecht auch dann verletzt wird, wenn der unbefugte erste Abdruck ausschließlich dem Autor Vortheil und keinerlei materiellen Schaden bringt. Das erste ist immerhin daß die Autorschaft des Geistesproducts mit Bezug auf dasselbe geschützt wird, und das zweite erst, daß das Recht an einem Verlagsgegenstand geschützt wird. Das Werk ist ein Verlagsobject zunächst für den Autor, weil es dessen Geistesproduct ist. Ist das Recht des Autors erloschen, dann wird es ein Verlagsobject für jedermann. Außer der Vergleichung mit den Gewerberechten, auf die Wächter aufmerksam gemacht hat, läßt sich auch die Analogie der Firmen herbeiziehen. Das Recht auf eine Firma ist sicherlich zunächst ein Personenrecht, wie das Recht auf einen Geschlechtsnamen oder auf einen Titel. Aber indem eine kaufmännische Firma sich durch Solidität und Ausbreitung des Geschäftsbetriebs auszeichnet, erhält sie einen Vermögenswerth und kann in zweiter Linie auch als ein Vermögensrecht veräußert werden. Uebrigens hat die Frage, wenn einmal die Ansichten sich so nahe kommen, wie es nunmehr geschieht, fast nur noch ein theoretisches und fast kein praktisches Interesse mehr.

B.

---

7) Das k. bayerische Gesetz vom 1 Jul. 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren in den Landestheilen diesseits des Rheins betr., erläutert von Karl Edel, Professor der Rechte in Würzburg. Nördlingen 1857. 8. 175 S.

8) Aktenstücke, betreffend die Trennung der Justiz und Verwaltung in Hamburg. Hamburg 1857. 8. 96 S.

Daß die Justiz von Verwaltung zu trennen sey, d. h. daß ein eigenes Behördensystem für jede dieser beiden Staatsfunc-

Digitized by Google

tionen zu organisiren sey, wird in der Theorie wohl von keiner Seite mehr einem ernstlichen Widerspruch begegnen. Hat ja die Rechtswissenschaft selbst, gleich wie alle anderen Disciplinen, den Grundsatz der Arbeitstheilung in ziemlich weiter Ausdehnung durchgeführt und verdankt dieser Theilung hauptsächlich ihr Gedeihen. Wenn dessen ungeachtet der Grundsatz der Trennung der Gewalten in unseren Staaten noch nicht überall durchgeführt ist, so beruht dieses zum Theil auf Gründen, die durch theoretische Erörterungen schwer zu widerlegen sind. Dahin gehört z. B. die vielfach gehegte Meinung, der Grundsatz sey ein Product oder eine Erfindung der französischen Revolution, oder die, er führe bei seiner Realisirung zu einer Schwächung der Verwaltung u. a. Was den ersten Punkt betrifft, so hat Tocqueville in seinem jüngsten Werke (l'ancien régime et la révolution) unwiderleglich dargethan daß die sogenannte Administrativjustiz schon lange vor der Revolution eingeführt war. Man hatte den Gerichten schon damals nicht bloß alles das zu entziehen getrachtet, was seinem Wesen nach Verwaltungssache ist — und darin hatte man Recht —; sondern man beging, wie T. bemerkt, schon damals den größeren Fehler die Verwaltungsbehörden an die Stelle der Gerichte zu setzen. Warum dieß der größere Fehler sey, begründet T. in folgender Art: „L'intervention de la justice dans l'administration ne nuit qu'aux affaires, tandisque l'intervention de l'administration dans la justice déprave les hommes et tend à les rendre tout à fois révolutionnaires et serviles." (S. 105—107). — Die Gesetze aus der Zeit der Revolution (insbesondere das Gesetz vom 16—24 Aug. 1790 Tit. II. Art. 10—13) führten das Princip der Trennung in der ersteren Richtung vollständig durch, d. h. sie schlossen die Justiz von allem unmittelbaren und mittelbaren Einfluß auf Verwaltungsgeschäfte aus. Allein man ließ es beim alten, insoferne die Administrativbehörden bisher richterliche Functionen versahen; ja man vermehrte diese Fälle einer anomalen Competenz der Verwaltungsbehörden noch. Man wollte die Macht der unabhängigen Gerichtshöfe brechen und darum entzog man den Gerichten alle Streitsachen, bei welchen das sogenannte öffentliche Interesse ins Spiel kam*). Daß auch das zweite Bedenken

*) Vergl. noch Reverchon, „des conflits," in der Revuee ritique T. VI. p. 330 ss.

unbegründet ſey, könnte nicht bloß aus der Natur der Sache, ſondern auch aus den Erfahrungen erhärtet werden, welche uns Frankreich in dieſem Betreffe liefert. Indeſſen unſere Abſicht geht jetzt nicht dahin eine weitläufige Polemik hierüber fortzuſpinnen, da, wie ſchon bemerkt, die Theorie in Bezug auf die Frage faſt einſtimmig iſt. Wir wollten den Leſer nur auf die beiden an der Spitze dieſer Mittheilung angeführten Schriften aufmerkſam machen, welche uns darüber belehren wie das Princip der Trennung in den verſchiedenen Staaten, wo es noch nicht vollſtändig verwirklicht iſt, nach Anerkennung ringt.

Die erſtere Schrift enthält einen Commentar zu dem bayer. Geſetze vom 1 Jul. 1856, das wenigſtens theilweiſe den Grundſatz der Trennung von Juſtiz und Verwaltung zur Ausführung gebracht hat. Da der Verfaſſer im Namen des I. Ausſchuſſes der Kammer der Abgeordneten über den Geſetzentwurf der Kammer zu berichten hatte, ſo war er in der Lage auch die nicht zur Oeffentlichkeit gelangten Aufſchlüſſe, welche ſich für die Auslegung des Geſetzes aus den Ausſchußberathungen ergaben, für ſeinen Commentar benützen und für das Publikum benutzbar machen zu können. Darin beſteht denn auch der Hauptwerth der Schrift, und daß man ſie in verdientem Maße berückſichtige, erhellt daraus daß bereits eine zweite Auflage nothwendig geworden iſt. — Ob das Geſetz diejenigen Wirkungen, welche der Verfaſſer davon erwartet (S. 17 ff.), wirklich haben werde, wird der Erfolg lehren. —

Die zweite Schrift iſt eine Art von Denkſchrift eines Vereins von Hamburger Juriſten, zu dem Zwecke abgefaßt um die Trennung der Juſtiz und Verwaltung in Hamburg zu verwirklichen. Sie beſchäftigt ſich mit der allgemeinen Begründung des Poſtulats der Trennung (S. 2—35), dann mit dem Nachweiſe daß dieſelbe zeitgemäß ſey (S. 36 ff.), und daß die dagegen erhobenen Bedenken faſt durchweg auf irrigen Vorausſetzungen beruhen (S. 48 ff). Daran reihen ſich die nach der Anſicht der Verfaſſer redigirten Geſetzentwürfe ſammt Motiven (S. 62—90). Wenn die Schrift im weſentlichen nichts neues enthält, ſo kann ihr das nicht zum Vorwurf gereichen; denn ſie will bloß längſt anerkannten Principien, die für das Staatsleben von ſo weittragender Bedeutung ſind, die Wege zur Ausführung bahnen, und für dieſen Zweck iſt ſie unſeres Erachtens vollkommen geeignet. P.

Digitized by Google

9) Dr. H. A. Zachariä, Rechtsgutachten, die von Agnaten des Hessen-Cassel'schen Fürstenhauses versuchte Vindication der Ganerbschaft Treffurt, hessischen Antheils, von ihrem gegenwärtigen Besitzer, dem Fürsten Clodwig von Hohenlohe-Schillingsfürst, Prinzen von Ratibor und Corvey, betr. Göttingen 1856. 4. 132 S.

Der hessische Antheil der Ganerbschaft Treffurt bildete seit Jahrhunderten einen Bestandtheil des Paragiums der Rotenburger Nebenlinie des hessischen Fürstenhauses, der sogen. Rotenburger Quart. Die Gebietsveränderungen, welche in Folge der politischen Ereignisse in den beiden ersten Jahrzehenten des laufenden Jahrhunderts Hessen überhaupt betrafen, äußerten natürlich auch auf die Rotenburger Quart ihren Einfluß. Als es sich bei der Wiederkehr des Friedens darum handelte diese nachtheiligen Wirkungen wieder auszugleichen, erschien demnach auch der Landgraf von Hessen-Rotenburg als betheiligt. In einer Reihe von Staatsverträgen (vom 16 Oct. 1815, vom 4 März 1816 und vom 10 Mai 1820) zwischen Preußen, Kurhessen und dem Landgrafen von Rotenburg wurden denn auch die näheren Vereinbarungen darüber getroffen, wie der letztere zu entschädigen sey. Unter anderem wurde ihm an Entschädigungsstatt zugestanden: „die Allodification des Hessen-Rotenburgischen Antheils an der sogen. Ganerbschaft Treffurt, welche unter preußischer Souveränetät im Regierungsbezirk Erfurt liegt, so daß des Landgrafen Durchlaucht unter Lebendigen und von Todes wegen frei darüber zu disponiren befugt sind." Von dieser Befugniß machte der Landgraf in einer letztwilligen Disposition Gebrauch, indem er aus der Ganerbschaft Treffurt und aus andern Gütern und Rechten ein Majorat zu Gunsten des Fürsten Clodwig von Hohenlohe-Schillingsfürst bildete. Als der Landgraf im November 1834 mit Tod abgieng, trat der Instituirte in den Besitz des Fideicommisses und behielt diesen bis auf die neueste Zeit unangefochten, da eine im Jahre 1835 erhobene Protestation des Landgrafen Karl von Hessen-Philippsthal-Barchfeld in jedem Betrachte erfolglos blieb. Erst im Jahre 1854 traten die Söhne dieses letzteren mit der Vindicationsklage gegen den dermaligen Besitzer auf, indem sie behaupteten die Ganerbschaft Treffurt habe als althessisches Stammgut ohne ihre Zustimmung nicht allodificirt noch an einen Dritten überlassen werden können. Ueber die Frage, ob diese be-

Digitized by Google

gründet sey oder nicht, verbreitet sich das vorstehende Rechtsgutachten, und zwar sucht dasselbe auszuführen:

1) Daß die preußischen Gerichte in der Sache unzuständig seyen, weil ein in gehöriger Form publicirter Staatsvertrag die Allodification von Treffurt sanctionirt habe, und sonach die Gerichte nicht mehr befugt seyen über dieselbe zu verhandeln und zu entscheiden;

2) daß übrigens auch abgesehen hiervon die Allodification in formeller und materieller Beziehung vollkommen rechtsgültig sey, da die hessischen Hausgesetze übereinstimmend mit den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatfürstenrechts in Fällen der Noth und eines evidenten Nutzens der Familie oder des Landes die Veräußerung von Bestandtheilen des Stammgutes gestatten. Ein solcher Fall von rechtlicher Nothwendigkeit oder doch sicher eines unzweifelhaften Vortheils für das hessische Fürstenhaus liege aber hier vor, und es könnte daher auch dann, wenn die Allodification einer materiellen Prüfung seitens der Gerichte unterworfen würde, dieselbe keine Beanstandung finden, besonders wenn noch erwogen werde daß die jetzt als Kläger auftretenden Agenten bis zum Jahre 1854 nicht nur nichts gegen die Allodification erinnerten, sondern Acten ihre Zustimmung gaben, in welchen direct eine Anerkennung derselben enthalten sey.

Der Verfasser weist ferner nach, daß die Kläger keinenfalls zur Sache legitimirt wären; selbst wenn die Vindication von Treffurt an sich im Rechte begründet wäre, so könnten nicht sie klagend auftreten, sondern das Recht hiezu stehe nur dem Erstgebornen oder dem Familienhaupte zu. Ferner sey auch, wenn alles bisher Angeführte den Beklagten nicht schützen würde, zur Zeit der Anmeldung der Klage die zwanzigjährige Ersitzung, für welche alle Voraussetzungen gegeben waren, bereits abgelaufen gewesen; ja selbst die gar keinen Titel erfordernde 30jährige Ersitzung sey damals schon vollendet gewesen. Jedenfalls würden sowohl der Kurfürst von Hessen als der König von Preußen, wenn es den Klägern gelingen sollte in dem beabsichtigten Rechtsstreite zu siegen, und dem Beklagten die Ganerbschaft Treffurt zu entziehen, dem Landgrafen und seinen Rechtsnachfolgern als Gewährsmänner haftbar seyn.

Dieses ist in Kürze der Inhalt des interessanten Rechtsgut-

Digitized by Google

achtens, das ſich über eine Reihe von wichtigen Fragen des Staatsrechts zu verbreiten Anlaß hat. Wir können nur beifügen, daß wir mit den weſentlichen Ergebniſſen des Gutachtens und mit deren Begründung einverſtanden ſind. Nur die vom Verfaſſer behauptete Incompetenz der Gerichte will uns nicht einleuchten. Dieſelben werden die Klage auf Grund der Beſtimmungen der vorwürfigen Staatsverträge allerdings zurückweiſen; allein es liegt, wie uns ſcheint, kein genügender Grund vor, ihnen die Competenz hiezu zu beſtreiten, da weder das Object des Streites, noch das Verhältniß an ſich der richterlichen Zuſtändigkeit entrückt iſt.

P.

---

10) Du droit pénal au XIII. siècle dans l'ancien duché de Brabant, considéré en lui-même et dans ses rapports avec le droit public. Par G. E. van Coetsem. Gand 1857. 8.

Eine dankenswerthe Zugabe zu Warnkönigs flandriſcher Staats- und Rechtsgeſchichte. Das Strafrecht und Strafverfahren, wie es in den Brabanter Keuren des XIII. Jahrhunderts erſcheint, iſt in ein Syſtem gebracht und die Keuren ſelbſt ſind als pièces justificatives vollſtändig oder im Auszuge beigegeben. Die meiſten derſelben ſind entnommen aus Willems Codex diplom., ganz neue bringt der Verfaſſer nicht. Brabant hat eine weit geringere Zahl von alten Keuren als Flandern, nur 5 oder 6, von denen 2 Brüſſeler vom Jahre 1229 und 1292 ausſchließlich dem Criminalrecht gewidmet ſind und das gemeine Brabanter Criminalrecht gebildet zu haben ſcheinen, die übrigen behandeln dasſelbe nur gelegentlich, in Verbindung mit dem öffentlichen und Privatrecht. Als Quellen des Rechts dieſer Statuten, von denen das älteſte, lateiniſch geſchriebene, das von Löwen aus dem Jahre 1211 iſt, nennt der Verfaſſer zwar zunächſt die alten germaniſchen Rechtsdenkmäler, fügt aber hinzu daß es ſchwer ſey zu beſtimmen, welche von den leges barbarorum am meiſten benützt ſey, und daß denn doch dieſe alten Volksrechte weniger Einfluß ausgeübt

Digitized by Google

hätten auf die Gesetzgebung Brabants als auf die von Flandern. Er vindicirt dem römischen Recht eine größere Einwirkung; dieses sey im frühen Mittelalter, nach dem Zusammensturz des weströmischen Reiches, in Brabant nicht ganz außer den Gebrauch gekommen, und da Brabant in enger Verbindung mit Frankreich gestanden, wo die wißbegierige Jugend sich in den öffentlichen Schulen die Kenntniß des großartigen Systems des römischen Rechts verschaffte, so sey daraus die Einwirkung des römischen Rechts auf die alte Brabanter Gesetzgebung leicht zu erklären. Auch die fränkischen Capitularien, die libri feudorum, die Constitutionen deutscher Kaiser, wie Friedrichs I. const. de pace tenenda seyen als Quellen anzusehen. Auffallend ist es daß der Verfasser das mosaische Recht nicht unter den Quellen nennt. Warnkönig bezeichnet die Talion als einen der Fundamentalsätze des flandrischen Criminalrechts, und so wie in den flandrischen Rechtsquellen manche Stellen vorkommen, deren Fassung die directe Entlehnung aus dem mosaischen Recht anzeigt, so auch mehrere Bestimmungen in den Brabanter Keuren, z. B. Art. 2 des Statuts von Brüssel 1229: „Wie enen anderen name een let, men soude heme nemen dat sine, hy en verdinget bi der ghenaden tshertoge, ende alsen oge vore oge, handt voir handt.“ Hr. C. findet es merkwürdig, daß die älteste unter den Brabanter Keuren das Gesetz der Talion ganz mit Stillschweigen übergehe. Es läßt sich dieß vielleicht so erklären. Die Vergeltung wurde im alten germanischen Rechte bei Körperverletzungen regelmäßig durch Geldbußen, bei der Tödtung durch die Zahlung des Wehrgeldes bewerkstelligt; die Vergeltung durch Talion war ihm fremd. Diese kam von außen her und fand eine temporäre Geltung, und grade das XIII. Jahrhundert scheint diesem Stück des jus divinum eine größere Verbreitung — wenigstens auf dem Papier — verschafft zu haben. Dafür läßt sich anführen daß sich die Talion bei Körperverletzung bestimmter Art im Schwabensp. c. 150, ganz nach dem Vorbilde des mosaischen Rechts, findet, in dem entsprechenden Artikel des Sachsenspiegels II., 16 noch nicht. Die Keure von Löwen hat das alte System der Vergeltung conservirt.

Den Beweis der vorherrschenden Einwirkung des römischen Rechts auf das Criminalrecht der Brabanter Statuten hat Hr. C. in einer sehr unzulänglichen Weise geführt. Wir können nicht in

Digitized by Google

Abrede ſtellen daß eine Einwirkung von dorther ſtatt hatte, aber wir ſind über die Gewohnheit hinausgekommen alles nationale Recht unſerer Vorfahren mit Zwang aus dem römiſchen Rechte herzuleiten und überall Uebereinſtimmung zu finden, weil ſie geſucht wird. Der Verfaſſer des vorliegenden Buchs hat dieſen Standpunkt noch nicht überwunden. Unternehmungen, die darauf abzielen die Auctorität des Herzogs zu untergraben, ſollen nach dem Vorbilde der lex Julia mit Verbannung bedroht ſeyn (p. 67). Das Verbrennen des Giftmörders wird hergeleitet aus der l. 1. §. Capit. D. de poen. (So citirt der Verfaſſer S. 81 ſtatt l. 28 pr. D. de poenis.) Auf die ſtrengere Beſtrafung des in der Nacht mit Einbruch oder unter anderen erſchwerenden Umſtänden begangenen Diebſtahls ſoll das römiſche Recht eingewirkt haben (S. 37). Hier iſt das Citat l. 1 D. fam. falſch oder unverſtändlich; l. 19 §. Tempus D. de poen. ſoll wohl l. 16 §. 5. D. de poenis ſeyn. Auch das Hängen der Diebe iſt von Rom entlehnt (S. 109). In den Beſtimmungen über Entführung und Nothzucht, die ſo ächt germaniſch ſind, ſieht er nur eine Reproduction des römiſchen Rechts. Einen unrichtigen Gebrauch vom römiſchen Recht macht der Verfaſſer auch in einem §., welcher überſchrieben iſt: „de la dénonciation calomnieuse et du faux témoignage," und zugleich zeigt dieſer §. daß er im Interpretiren ſeiner eigenen Keuren nicht ſtark iſt. Das Statut von Brüſſel 1292, Art. 59 (nicht 58, wie C. citirt) lautet: „Ende onc wille Wi, wie andren beclagt ogte ane ſprect in regte, van wat ſake hine ane ſprect, ende ſire claghen niett velcomen en can met waerheiden, dat hüs es in allen dien ſelven pointe, dat daghene ſoude hebben gheweeſt, egte hi ſire claghen boven ware bleven." Hier iſt nur von der falſchen Anklage und gar nicht vom falſchen Zeugniß die Rede, worauf der Verfaſſer unrichtig die Worte „ogte ane ſprect in regte" bezieht, und die angeführte l. 1 D. ad legem Corn. de sicar. droht gar nicht die Talionsſtrafe.

Daß der Verfaſſer im Corpus iuris civ. nicht zu Hauſe iſt, zeigt ſchon die wunderliche Art des Citirens. Bald citirt er wie ein alter Gloſſator, bald wie ein Poſtgloſſator, bald nach modernem Styl; oft undeutlich, oft falſch. Eine Anführung wie L. §. ult. de Extrem. Crim. auf S. 6 könnte als Druckfehler genom-

Digitized by Google

men werden, wenn nicht der T. D. de extremis criminibus mehrmals vorkäme.

Statt des forcirten Heranziehens des römischen Rechts wäre der Versuch, den Zusammenhang des Inhalts der Brabanter Keuren mit den germanischen Rechtsquellen genau nachzuweisen, sehr verdienstlich gewesen. Bisweilen hat Hr. C. dazu einen Anlauf genommen, aber er kommt nicht weit auf diesem Wege. Hätte er von der deutschen Literatur auch nur Grimms deutsche Rechtsalterthümer und Wilda's Strafrecht der Germanen gekannt und benutzt, so würde sein Buch einen anderen Inhalt erhalten haben. Hätte er sich in die germanischen und altdeutschen Rechtsquellen hineingelesen, so würde er in diesen manche interessante Uebereinstimmung mit dem Inhalte seiner Keuren entdeckt haben. So harmonirt der aus einer Keure von Bois-le-Duc (Herzogenbusch in Nord-Brabant) auf S. 15 mitgetheilte Passus über den, der in seinem Hause heimgesucht wird und in der Ausübung seines Hausrechts den Angreifer erschlägt, fast wörtlich mit §. 72 des Rheingauer Landrechts (Grimm, Wsth. I., 543). Nach manchen Aussprüchen in den verschiedenen Rechtsquellen ist ein solcher Mann von aller Buße frei, nach anderen hat er eine Scheinbuße zu zahlen; nach diesen beiden Urkunden soll er für jeden erschlagenen Mann eine Buße von 4 Pfennigen erlegen und dann festen Frieden haben. Dieselbe nominelle Buße von 4 Denaren und dieselbe Wirkung kommt auch sonst in den Brabanter Keuren vor (S. 35. 53). Wenn Hr. C. sagt, es sey wahrscheinlich daß eben 4 Denare in Brabant das fest und unwandelbar bestimmte Sühngeld (als droit au fisc) ausgemacht hätten, so will er das sicherlich nur auf die Fälle der Tödtung in der Nothwehr u. dgl. beziehen.

Wenn in dem Obigen eine sehr wichtige Seite des vorliegenden Buchs stark getadelt werden mußte, so darf es auch nicht unerwähnt bleiben, daß dasselbe manche gute Partien enthält. Es ist klar geschrieben und mehrfach hat der Verfasser gut hervorgehoben, wie in dem Strafrecht eines Volks sich dessen Civilisation und der Zustand der Gesellschaft abspiegelt, den es zu schützen bestimmt ist. Als Historiker weist er darauf hin daß, wenn man hinabsteige zu den Quellen des alten Brabanter Rechts, man alsbald die Ueberzeugung gewinne daß mehr als eine der öffentlichen Freiheiten und der constitutionellen Einrichtungen, deren Eroberung

Digitized by Google

man gewöhnlich der modernen Zeit zuschreibt, schon früher vollständig oder doch im Keime da gewesen sey. Kurz, aber interessant ist die Zugabe über den politischen Zustand der verschiedenen Classen der Gesellschaft des Herzogthums Brabant im XIII. Jahrhundert, und gelungen ist die Schilderung des Unterschiedes der Sühne und des für eine Zeit gelobten Hausfriedens (la trève). Der die Keuren von Brabant umfassende Appendix enthält wichtige Quellenstücke für die Rechtsgeschichte des Mittelalters.

D.

---

11) Zur Isländischen Rechtsgeschichte.

Im ersten Jahrgange der Kritischen Ueberschau (S. 277 — 96) wurde „über die Isländischen Gesetze oder deren Ausgaben" einigermaßen eingehend Bericht erstattet. An das dort Besprochene anknüpfend mögen hier einige weitere Mittheilungen folgen über das was auf demselben Gebiete in der Zwischenzeit geleistet worden ist.

Es ist aber vor allem die neue Ausgabe der Graugans, welche Hr. Landvogt Vilhjálmur Finsen besorgte und deren erstes Heft bereits vor 5 Jahren als neuerschienen angezeigt wurde, soweit der Isländische Text in Frage steht, nunmehr als vollkommen beendigt. Von der dänischen Uebersetzung ist noch ein ziemliches Stück ausständig und allem Anscheine nach zu bezweifeln, ob dieselbe überhaupt jemals zu Ende gebracht werden wird; indessen hat für den deutschen Rechtshistoriker dieser Punkt nur sehr geringe Bedeutung, und wäre von unserem Standpunkte aus nur zu wünschen daß das Erscheinen der schon längst versprochenen Vorrede, welche über die benützten Handschriften und die Art ihrer Benützung genaueren Aufschluß geben soll, nicht mit dem Reste der Uebersetzung ad Calendas Graecas vertagt werden möge. Sehr dankenswerth ist daß der Herausgeber anhangsweise (S. 218 — 52 des Textes) die noch erhaltenen Bruchstücke älterer Rechtsaufzeichnungen mitgetheilt hat, welche bisher noch nirgends veröffentlicht waren; dem von uns seinerzeit ausgesprochenen Wunsche ist damit vollständig Genüge geschehen, und unsere Erwartung daß

Digitized by Google

dieſe Fragmente für unſere Anſicht über die Bedeutung und Entſtehung der ſogenannten Graugans und ihrer verſchiedenen Recenſionen eine weitere Stütze abgeben würden, hat in Folge deſſen ihre vollſte Beſtätigung gefunden. Das erſte von Hrn. Vilhjálmur mitgetheilte Fragment iſt offenbar ein bloßes Bruchſtück einer vollſtändigen aber von den beiden bisher bekannten weſentlich abweichenden Rechtsſammlung; weder in ſeiner Anordnung noch in ſeinem Inhalt ſtimmt daſſelbe mit dem Text des Cod. Reg. oder des Cod. Arnamagn. überein, vielmehr finden ſich die hier erhaltenen Beſtimmungen theils im Landabrigða þ. des Cod. Arnamagn., während ſie in dem des Cod. Reg. fehlen, theils umgekehrt in dieſem letzteren, während jener erſtere ſie nicht hat, theils auch wohl in keinem von beiden, und ſelbſt die mit der einen oder anderen Recenſion weſentlich übereinſtimmenden Stellen ſind doch in der Ausdrucksweiſe zumeiſt mehrfach verändert. Das zweite Bruchſtück gewährt dagegen eine Reihe, ſoviel ſich erkennen läßt, neuerer Satzungen durchaus verſchiedenen Inhalts, und ſollte offenbar irgendwelcher nunmehr nicht mehr erhaltenen Sammlung als ergänzender Nachtrag dienen; die einzelnen aufgenommenen Stücke ſind ſämmtlich dem Cod. Arnamagn. bekannt, dem Cod. Reg. dagegen mit geringfügigen Ausnahmen fremd, die Abweichungen der Lesarten aber erweiſen auch jener erſteren Recenſion gegenüber immerhin eine erhebliche Selbſtändigkeit. Das dritte Stück gibt, weſentlich mit dem Cod. Reg. übereinſtimmend, ein paar ſtrafrechtliche Beſtimmungen, und zwar nach einem Abſchnitte, welchen der Cod. Arnamagn. gar nicht enthält; der Umfang des Fragmentes iſt indeſſen zu gering um erſehen zu können, ob daſſelbe überhaupt einem vollſtändigen Rechtsbuche angehörte, und ob dieſes mit dem Texte des Cod. Reg. identiſch oder von ihm unabhängig geweſen ſey. Den vierten Anhang endlich bildet eine Reihe von Beſtimmungen, welche, unter ſich verſchiedenſten Inhaltes, einer Handſchrift des älteren Chriſtenrechtes angehängt und mit deſſen Capiteln fortlaufend numerirt ſind; dabei finden ſich nicht nur in den Lesarten erhebliche Eigenthümlichkeiten vor, ſondern es ſind auch einzelne der hier aufgezeichneten Satzungen nur dem Cod. Arnamagn., andere nur dem Cod. Reg., wieder andere ſogar keinem von beiden Texten bekannt. — Unſere Annahme daß im Laufe des dreizehnten Jahrhunderts ſehr verſchiedene Sammlungen von Rechts-

Digitized by Google

aufzeichnungen in Island entstanden seyen, welche nur darum unter sich eine gewisse Aehnlichkeit zeigten, weil dieselben theilweise aus ein und denselben Quellen schöpften, daß ferner nicht der mindeste Grund vorliege, die beiden im Cod. Reg. und Arnamagn. enthaltenen Aufzeichnungen für Abschriften einer und derselben Rechtsquelle zu erklären, wird begreiflich durch die Beschaffenheit dieser neuen Rechtsdenkmäler sehr erheblich unterstützt. Neben den beiden, bereits früher bekannten Texten ist jetzt (in Fragment 1) wenigstens noch ein dritter nachgewiesen, der sich beiden gegenüber selbständig verhält; auf einen vierten Text läßt ferner die oben an zweiter Stelle besprochene Sammlung einzelner Bestimmungen schließen, und theils diese, theils die unter Nr. 4 abgedruckte Aufzeichnung läßt überdieß deutlich erkennen, wie man bei dem Zusammentragen des einmal gegebenen rechtlichen Stoffes verfuhr. Oder will jemand auch in diesen Fragmenten noch Abschriften eines einheitlichen zu bestimmter Zeit erlassenen und später höchstens durch einzelne Zusätze vermehrten Gesetzbuches erkennen, das man ohne Rücksicht auf die Verschiedenheiten innerhalb der Handschriften mit dem einheitlichen Namen der Graugans bezeichnen könnte?

Die Gesetzsammlung für Island, welche Jón Sigurdsson in Verbindung mit Oddgeirr Stephensen herausgibt und deren im Jahre 1853 erschienener erster Band von uns ebenfalls schon besprochen wurde, ist in diesem Jahre (1857) bereits bis zum siebenten Bande vorgerückt, welcher die Gesetze und Verordnungen aus den Jahren 1806 — 18 enthält. Baldige Beendigung des ebenso verdienstlichen als mühseligen Werkes läßt sich hiernach mit Bestimmtheit hoffen, und möchten wir diese rasche Förderung ihres Unternehmens den Herren Herausgebern fast ebenso hoch anrechnen als den redlichen Fleiß, mit welchem dieselben nicht nur die abzudruckenden Texte selbst, sondern auch alles was an kritischem und literarischem Apparat zu deren ausgiebiger Benützung erforderlich schien, zur Erleichterung des Lesers zusammengetragen haben. An die Gesetzsammlung schließt sich aber ein Bericht über die Regierungsangelegenheiten Islands, welchen die Isländische gelehrte Gesellschaft seit einigen Jahren herauszugeben begonnen hat [1]);

[1]) Tídindi um stjórnarmálefni Islands, gefin út af hinu Islenzka bókmentafélagi, Kopenhagen, 1855 u. folg.

Digitized by Google

vom Jahre 1854 anfangend werden in dieser Sammlung die legislatorischen und administrativen Erlasse für die Insel je nach dem Grade ihrer Wichtigkeit vollständig oder im Auszuge mitgetheilt, und sind bisher 3 Hefte, zusammen 164 Seiten stark, erschienen.

Endlich ist hier noch des Isländischen Urkundenbuches zu gedenken, welches im Auftrage derselben Gesellschaft Jón Sigurdsson im laufenden Jahre herauszugeben begonnen hat[2]). Eine Reihe von Gesetzen und Verordnungen ist in diese Sammlung aufgenommen worden, welche anderwärts noch keine hinreichend sorgfältige Ausgabe erlangt zu haben schienen; so die Verordnung des dicken Olafs über das Recht der Isländer in Norwegen (S. 64 — 70), und das Stück von dem Rechte des norwegischen Königs in Island (S. 54), das Zehntgesetz des Bischofs Gizur vom Jahre 1096, dessen sämmtliche vorhandene Pergamenthandschriften, 9 an der Zahl, hier ihrem vollen Umfange nach abgedruckt sind (S. 70 — 162), — ein paar Aldingsbeschlüsse über Maß (S. 306 — 10), Gewicht (S. 311 — 4), geliehenes Gut (S. 314 — 5), vom Alding erlassene Tarbestimmungen für Handel und Wandel, (S. 162 — 7), und ähnliche Bestimmungen der Versammlung im Árnesþing (S. 315 — 7 und 318 — 9), — eine Reihe von Erlassen des Erzbischofs Eysteinn an die Isländischen Diöcesen (S. 218 — 23; 230 — 3; 233 — 5; 258 — 60; 260 — 4), dann des Erzbischofs Eirikr (S. 284 — 9; 289 — 91), — ein Fastengebot des Bischofs Þorlákr Þórhallsson (S. 235 — 6), und das Pönitentialbuch desselben Bischofs, letzteres nach einer bisher noch unbekannten Handschrift, welche einen älteren und ächteren Text als den bei Finn Jónsson gedruckten gewährt (S. 237 — 44). Wenn wir diese verbesserten Abdrücke legislativer Erlasse speciell hervorheben, so will übrigens damit keineswegs gesagt seyn daß in ihnen der ausschließliche oder auch nur der vorzugsweise Werth des Diplomatars bestehe; wir erwarten vielmehr mit Bestimmtheit daß aus den mitgetheilten Urkunden im engeren Sinne des Wortes die

---

[2]) Diplomatarium Islandicum. Íslenzkt Fornbréfasafn, sem hefir inni að halda bréf og gjörninga, dóma og máldaga, og aðrar skrár, er snerta Island eða Íslenzka menn. Gefið út af hinu Íslenzka bókmentafélagi; Kopenhagen, 1857.

Digitized by Google

hiſtoriſche und insbeſondere auch die rechtshiſtoriſche Forſchung nicht geringeren Gewinn ziehen werde. Die Geſchichte des Isländiſchen Kirchenpatronates z. B. wird ſich erſt auf Grund der jetzt allgemein zugänglich gemachten Stiftungsbriefe mit voller Sicherheit bearbeiten laſſen. Mit ganz beſonderem Danke ſind aber auch hier wieder die quellengeſchichtlichen und diplomatiſchen Einleitungen anzuerkennen, welche der um die Geſchichte ſeiner Heimath ſo unermeßlich verdiente Herausgeber den einzelnen Quellenſtücken vorausgeſchickt hat.

K. Maurer.

Digitized by Google

VII.

Ueberſicht der Zeitſchriften.

1) Der Fremden.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Wir ſetzen unſeren Bericht über den Inhalt dieſer Zeitſchrift fort*) und heben beſonders folgende Artikel hervor:

a) Nicias-Gaillard erörtert B. VI. S. 1 ff. einige Streitfragen, welche ſich bei den Expropriationen zum Zwecke der Erweiterung oder des Umbaues von Straßen ergeben haben. Die franzöſiſche Regierung hat das Recht der Entwehrung auch auf ſolche Gründe-Parcellen erſtreckt, welche nicht unmittelbar für die Straße oder den Platz nöthig ſind, wenn ſie ſo klein ſind daß ſich ein geſunder und zweckmäßiger Bau nicht darauf führen läßt. Wer nun im einzelnen Fall über dieſe letztere Bedingung zu entſcheiden zuſtändig ſey, das iſt der Hauptinhalt der Abhandlung.

b) A. Vente: über die Publication falſcher Nachrichten oder falſcher Schriftſtücke B. VI. S. 14 ff. dann S. 327 ff.

Das organiſche Decret über die Preſſe vom 17 Febr. 1852 verfügt in ſeinem 15. Artikel: „die Veröffentlichung oder Weiterverbreitung (reproduction) von falſchen Nachrichten, von gemachten, gefälſchten oder lügenhafter Weiſe einem Dritten zugeſchriebenen Schriftſtücken wird mit einer Strafe von 50 — 1000 Frcs. geahndet. Geſchieht dieſes in böſer Abſicht, oder iſt der Fall von der Art daß dadurch der öffentliche Friede geſtört werden kann, ſo

*) S. wegen der früheren Jahrgänge oben B. III. S. 277 ff.

Digitized by Google

erhöht ſich die Strafe. . . . . " Daß ein Geſetz wie dieſes, deſſen Faſſung wohl nicht abſichtslos ſo allgemein und dehnſam iſt, eine unerſchöpfliche Quelle von Streitfragen ſey, bedarf wohl keines Nachweiſes. Unſere Abhandlung hat ſich's zur Aufgabe gemacht, einen Commentar zu demſelben zu liefern; ſie beſpricht daher auch eine Reihe der bisher bei der Anwendung aufgetauchten Controverſen. Wir wollen zur Charakteriſirung einen Fall dieſer Art mittheilen. Dem Maire einer Gränzgemeinde (Singen) hatten zwei bayeriſche Soldaten in der Kneipe erzählt daß die Franzoſen in der Krim eine Niederlage erlitten hätten. Der Maire erzählt das ſeinen Mitbürgern, nicht ohne beizufügen daß die Nachricht nicht wahr ſeyn könne, da ja der Moniteur noch nichts davon berichtet hatte. Das Gericht zu Weißenburg verurtheilte ihn (wie der Verfaſſer unſerer Abhandlung S. 334 zu zeigen ſucht mit Unrecht) wegen Verletzung des angezogenen Artikel 15 (ſ. Gaz. des trib. vom 27 Jun. 1854).

c) Reverchon: über die Competenzconflicte, d. i. Conflicte zwiſchen den Gerichten und den Adminiſtrativbehörden (conflit d'attributions) B. VI. S. 530 liefert eine nicht uninteressante Darſtellung der Geſchichte der Geſetzgebung über die Competenzconflicte. Er weist insbeſondere darauf hin, was es bedeute, wenn man in der Verfaſſung von 1852 dem Staatsrathe die Entſcheidung derſelben wieder überwieſen habe, — wie darin keine bloße Wiederherſtellung des vor 1848 geltenden Rechtes erblickt werden könne; denn damals hätten verantwortliche Miniſter dem Könige die Entſcheidung vorgeſchlagen. „Mais aujourd'hui où serait le contrepoids?".

d) Adv. P. Labadens: über eine allgemeine Codification der franzöſiſchen Geſetzgebung. Bd. VI. S. 354 ff.

Die Maſſe der Geſetze, Verordnungen, Entſchließungen u. ſ. w. über einzelne Materien iſt in Frankreich (ähnlich wie in unſern deutſchen Staaten) allmählig ſo groß und ſo unüberſehbar geworden, daß die gewöhnliche Manneskraft nicht mehr zureicht ſie zu bewältigen; — neben den Vorſchriften von 1857 gelten noch Satzungen von 1681! Der Verfaſſer ſchlägt daher eine Codification derſelben vor, und zwar will er den Stoff, der nicht zu den bereits geltenden Codes gehört (die législation extra-codale) in die Hauptgruppen theilen und ein Verwaltungs-, dann ein Militär-

Digitized by Google

und ein Finanz-Gesetzbuch erlassen wissen. Dabei müßte aber entweder alles frühere positive Recht in den betreffenden Materien aufgehoben, oder es müßten doch diejenigen älteren Vorschriften, welche fortan ungültig seyn sollen, bestimmt bezeichnet werden und der Gesetzgeber dürfte sich nicht auf die allgemeine und ganz bequeme und unverfängliche Formel beschränken: „les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées," — eine Formel, die, wie bekannt, auch bei unseren deutschen Gesetzgebern sehr beliebt ist. —

Der Verfasser zweifelt ob sein Vorschlag sofort zur Ausführung gelange. Allein er spricht die Ueberzeugung aus (und wir theilen sie) daß die Schwierigkeiten der Lage über kurz oder lang gebieterisch zu seinem Unternehmen drängen werden.

e) Girard de Vasson: Ueber den Einfluß des Gesetzes vom 13 April 1854 auf die vor seiner Promulgation abgeschlossenen Versicherungsverträge. Bd. IV. S. 441 ff.

Die franz. Assecuranzgesellschaften hatten ihre Wirksamkeit schon seit längerer Zeit auch auf die Aushebung zur Armee erstreckt, so daß sie gegen eine gewisse Prämie von Seiten der versicherten Familie die Verpflichtung übernahmen für denjenigen, den die Reihe zum Eintritt traf, einen Ersatzmann zu stellen. Als nun im Jahre 1854 durch das Aushebungsgesetz die Zahl der auszuhebenden Recruten von 80,000, wie sie bis dahin gewöhnlich war, auf 140,000 erhöht wurde, weigerten sich die Assecuranzgesellschaften ihren vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nachzukommen, und die Gerichte waren in ihren Ansichten getheilt. Der vorstehende Aufsatz sucht darzuthun, daß diejenigen im Unrechte seyen, welche den öfter erwähnten Gesellschaften aus sogenannten Billigkeitsrücksichten die Erfüllung ihrer Vertragsobliegenheiten erlassen wissen wollen; denn sie kommen dadurch in Widerspruch

a) mit Grundsätzen, welche für alle aleatorischen Verträge gelten,

b) mit dem Geiste und den Principien der französischen Gesetzgebung über die Truppen-Aushebung.

Es habe nämlich in jedem Jahre die Möglichkeit bestanden, daß ein höheres Contingent als das von 80,000 Mann ausgeho-

Digitized by Google

den wurde, und darin habe eben ein Theil des Rifico gelegen, das die Verſicherer übernommen*).

Mit dieſer Ausführung ſteht eine Abhandlung in Bd. XI., S. 97 ff. in Verbindung, deren weſentlichen Inhalt wir gleich hier anzuführen für zweckmäßig erachten. Durch Geſetz vom 26 April 1855 ward nämlich die Art der Erſatzmannſtellung, wie ſie bis dahin üblich geweſen war, für die Zukunft aufgehoben. Statt nämlich dem einzelnen Militärpflichtigen, oder wenn er verſichert war, dem Verſicherer die Auswahl zu überlaſſen, verlangt der Staat nun von demjenigen, der den Dienſt nicht in Perſon leiſten will, eine Loskaufsſumme, mit welcher er (der Staat) ſich die erforderlichen Erſatzleute verſchafft. Hiebei erhob ſich nun die Frage, ob fortan Aſſecuranzen zum Zwecke der Befreiung von der Militärpflicht überhaupt noch zuläſſig ſeyen oder nicht. Der Verfaſſer unſerer Abhandlung hat gegen ein Urtheil des Appellhofes in Dijon die bejahende Anſicht vertreten, und zwar hauptſächlich darum, weil im Geſetze nur die eine Art von Intervention von Verſicherern — die Stellung von Erſatzmännern durch ſie — ausgeſchloſſen, damit aber jede andere Art von Intervention derſelben — wie Verhelfung zum Nummerntauſch, ſoweit er geſetzlich geſtattet iſt, und Verſchaffung der Loskaufsſumme — als zuläſſig erklärt iſt.

f) Dr. P. Pont: Von der Verantwortlichkeit der Notare. B. VII. S. 35 ff. — Der Verfaſſer erörtert insbeſondere die Frage, ob der Notar ohne beſonderen hierauf gerichteten Auftrag gehalten ſey, für die Erfüllung derjenigen Förmlichkeiten zu ſorgen, welche zur Erhaltung der Rechte nöthig ſind, die aus dem von ihm aufgenommenen Acte fließen? Anlaß dazu gab folgender Rechtsfall: Mehrere Miterben beſaßen gemeinſam eine Ziegelhütte; ſie beſchloſſen dieſelbe zu verſteigern und giengen den Notar des Orts um ſeine Mitwirkung an. Bei der Verſteigerung wurde die Hütte einem der Miterben zugeſchlagen. Der ſeine Miterben treffende Antheil der Verkaufsſumme ſollte in Friſten gezahlt werden. Eine Inſcription ihrer Forderung ward von den Miterben innerhalb der geſetzlichen Friſt nicht nachgeſucht. Bald nachher gerieth aber der Steigerer in Concurs und deſſen Gläubiger, reſp. Miterben, konnten

*) Nicias-Gaillard ſtellt in B. VII. S. 481 ff. die Ergebniſſe der Praxis über dieſe Streitfrage zuſammen.

Digitized by Google

nicht befriedigt werden. Dieſe nahmen Regreß gegen den Notar, der während er von der I. Inſtanz freigeſprochen worden war, von dem Appellhofe zu Paris als erſatzpflichtig erklärt ward. Der Gerichtshof ſtützte ſeinen Ausſpruch zunächſt darauf daß der Notar ſchon in Folge ſeines Amtes hiefür zu haften habe, dann aber darauf daß im gegebenen Falle ein ſtillſchweigender Auftrag zur Inſcription ertheilt geweſen ſey. Wegen dieſer eventuellen Motivirung konnte der Caſſationshof, obwohl er das primäre Argument nicht als richtig anerkennt, das Urtheil nicht caſſiren. P. ſucht nun theils aus der Natur der Sache, theils aus den über die Notare geltenden poſitiven Vorſchriften den Beweis zu führen daß die Anſicht des Pariſer Appellhofes irrig ſey.

g) Cabandous: Von den Wirkungen des Geſetzes vom 23 März 1855 (die Transſcription betr.) auf die Zwangsenteignung in Fällen des öffentlichen Nutzens. Bd. VII. S. 92 ff. — Die Frage ob das neue Geſetz auch auf die Expropriation angewendet werden müſſe, ob alſo der Expropriant jetzt gehalten ſey, wenn die Zuläſſigkeit der Expropriation ausgeſprochen iſt, ſeinen Titel eintragen zu laſſen (während er bisher dazu nicht verbunden war), wird verneint.

h) Beudant: über die Naturaliſation. Bd. VII. S. 113 ff.

Eine Entwicklung der Hauptſtadien, welche die franzöſiſche Geſetzgebung in dieſer Materie ſeit der erſten Revolution durchgemacht hat, bildet den einen Theil dieſer Abhandlung. Während die Naturaliſation nach den Verfaſſungen von 1790 und 1792 bloß von dem Willen des Fremden abhängt, dem das Geſetz gewiſſe Bedingungen auferlegt, hat der Code und das ſpätere Recht dieſelbe dem Ermeſſen der Regierung (dem pouvoir gracieux) anheimgeſtellt; nur in einigen beſonderen Fällen (S. d. Art. 9, 10, 18, 19 und 20 des Code) wird das franzöſiſche Indigenat durch das Geſetz begründet. Dazu kam dann die Verordnung vom 4 Junius 1814, welche feſtſetzte daß die Wählbarkeit in die Kammer nur denjenigen Naturaliſirten zuſtehe, welchen ſie durch eine beſondere Verfügung der Regierung — nachher (ſeit 1831) durch ein Geſetz — ausdrücklich zugeſtanden iſt (man nannte dieſes die große Naturaliſation). Daran reiht ſich die Beſprechung einer Streitfrage, der Frage nämlich, ob das Inſtitut „der großen

Digitized by Google

Naturalisation" seit der Verfassung vom Februar 1852 noch bestehe oder nicht?

i) Königswarter: Vergleichende Darstellung der österreichischen Strafproceßordnung vom 29 Jul. 1853 mit einer Einleitung über die Strafgesetzgebung in Oesterreich seit dem Jahre 1848 — ein Artikel, den mit der obigen Abhandlung von Wahlberg zu vergleichen der Mühe lohnt. B. VII. S. 316 ff.

k) Cotelle: Von den Garantien, welche das französische Verwaltungswesen für die Privatrechte enthält, namentlich in Fällen, wo das Eigenthum oder die Erwerbthätigkeit mit den finanziellen und ökonomischen Interessen des Staates in Berührung kommt, erläutert durch Beispiele aus der Praxis des Ministeriums der öffentlichen Arbeiten und der übrigen Organe, die damit zu thun haben, insbesondere das conseil général des ponts et chaussées und des Staatsraths, B. VII. S. 378 ff.

l) Salverte: Versuch über die Schenkungen zu Gunsten von öffentlichen oder kirchlichen Anstalten, B. VII. S. 403 ff. u. B. VIII. S. 138 ff. Es sind vorzugsweise die kirchlichen Anstalten, mit deren Erwerbfähigkeit sich der Artikel beschäftigt. Der Verfasser gibt zuvörderst eine kurze Geschichte der Gesetzgebung über die Fähigkeit der todten Hand überhaupt, Vermögen zu erwerben, anfangend vom römischen Recht bis herab auf die Gegenwart. Von jeher hat sich die Gesetzgebung in Frankreich das Recht beigelegt und auch wirklich geübt über diesen Punkt Vorschriften zu erlassen; „denn er interessirt, wie Portalis bei der Berathung von Art. 910 des Code äußert, wesentlich den Staat." Nur der Inhalt dieser Vorschriften hat gewechselt. Während Ludwig der Heilige die Schenkungen an juristische Personen gegen eine Abgabe an ihn (droit d'amortissement genannt) und gegen eine Entschädigung des Grundherrn im allgemeinen gestattet, verordnet der Code Nap. (Art. 910) daß jede solche Disposition die kais. Genehmigung erhalten müsse. Die Vermögensfähigkeit der kirchl. Institute ist hier gar nicht ausdrücklich berührt; darauf bezogen sich erst die organischen Artikel zum Concordat, dann die Verordnung vom 10 Junius 1814 und die Gesetze von 1817 und 1825, in Folge deren jedes vom Gesetze anerkannte kirchliche Institut Vermögen jeglicher Art erwerben kann — natürlich unter Vorbehalt des Art. 910.

Digitized by Google

Hierauf erörtert der Verfaſſer die verſchiedenen Rückſichten, welche die Regierung bei der Ausübung ihres Rechtes zu nehmen hat, nämlich auf die allgemeinen Intereſſen des Staates, auf jene der Geſellſchaft, der Familien und endlich der bedachten Anſtalten ſelbſt, und die Wege, welche dieſelbe je nach den Umſtänden des Falls gehen kann. Sie kann:

1) die Genehmigung ertheilen, und zwar in Uebereinſtimmung mit den Bedachten oder von Amtswegen, einfach oder mit Bedingungen (insbeſondere mit der Wohlthat des Inventars).

2) Sie kann die Autoriſation überhaupt verweigern oder doch nur einem Theile der Verfügung ertheilen, d. i. die Dispoſition zu Gunſten der todten Hand reduciren. — Für das eine wie für das andere werden mehrere Beiſpiele aus der Praxis des Staatsraths angeführt.

m) Wolowski: Geſchichte der franzöſiſchen Culturgeſetzgebung und zwar unter der Verwaltung Heinrichs IV. Bd. VII. S. 428 ff.

Der Artikel von W. beſpricht die poſitiven Vorſchriften, welche Heinrich IV. über zwei noch immer wichtige Verwaltungsgegenſtände erließ, nämlich jene über den Getreidehandel und über Trockenlegung der Sümpfe. In der erſteren Beziehung wird dargethan wie die Geſetzgebung vor Heinrich IV. die Einfuhr ſtets freigab, die Ausfuhr dagegen regelmäßig beſchränkte oder ganz verbot. Franz I. gab durch eine Verfügung vom 30 Junius 1539 den Kornhandel zuerſt im Innern des Landes frei; Getreide ins Ausland zu verkaufen, war nur mit beſonderer Bewilligung zuläſſig. Auch Heinrich hatte anfänglich durch Ordonnanz von 1595 die Ausfuhr von Korn unterſagt. Allein einerſeits in Berückſichtigung der guten Ernten der ſpätern Jahre, anderſeits in Anwendung der Grundſätze des Mercantil-Syſtems möglichſt viel Geld ins Land zu ziehen, hob Heinrich durch offene Briefe vom 26 Februar 1601 nicht bloß das Ausfuhrverbot auf, ſondern befreite die Ausfuhr auch von den darauf ruhenden Abgaben. Als Spanien und Flandern die franzöſiſche Ausfuhr mit einer Abgabe von 7 per C. belegte, griff H., da die einfachen Repreſſalien es nicht vermochten, dieſe Staaten zur Aenderung ihres Verfahrens zu beſtimmen, zur völligen Ausſchließung der Ausfuhr nach dieſen Ländern zurück, und damit erreichte er ſeinen Zweck; denn dieſe ver-

Digitized by Google

ſtanden ſich nun (1604) zu einem Vertrage, durch den die Auflage beſeitigt wurde.

Die Austrocknung der Sümpfe fand ihre nähere Regelung in dem Edicte vom 8 April 1599, welches in dem Edict vom Jönner 1607 ſeine nähere Ergänzung und ſeine weitere Entwicklung fand. Die beiden Geſetze, die den Unternehmern — ein Brabanter, mit Namen Bradleij, den die Quellen öfter den „maitre des digues" heißen, ſtand an der Spitze — bedeutende Rechte zugeſtehen, wie z. B. das Recht der Expropriation, die Zehent- und Steuerfreiheit auf eine gewiſſe Zahl von Jahren, bieten ſo viel des Intereſſanten daß wir den Leſer nur an den Artikel ſelbſt verweiſen können.

Von dem Inhalte des VIII. Bandes heben wir noch hervor:

n) Girard de Vasson: „Ueber die Berechtigung des öffentlichen Miniſteriums in Statusfragen ſelbſtändig klagend aufzutreten" B. VIII. S. 50 ff. — Die Frage, die ſich der Verfaſſer zu beantworten vorgenommen hat, präciſirt er ſelbſt näher in folgender Art: „Iſt die Staatsanwaltſchaft befugt, als Hauptpartei und ohne Theilnahme der dabei intereſſirten Privaten eine Klage auf Richtigſtellung der Civilſtandsregiſter darum zu ſtellen, weil bezüglich einer größeren Zahl von Familien, z. B. einer ganzen Gemeinde oder eines Bezirks die Regiſter fehlen oder mangelhaft ſind?" Die Frage wird verneint; denn die Staatsbehörde könne in Statusfragen nur dann von Amtswegen Klage erheben, wenn es die öffentliche Ordnung fordere. Fälle dieſer Art ſeyen, wenn die Sittlichkeit durch einen Eintrag verletzt oder wenn der Staat bei dem Eintrag betheiligt, wie z. B. bei einem Recruten, oder wenn der Betheiligte arm ſey; ſie allein beruhen auf geſetzlicher Vorſchrift, während der in der Frage vorausgeſetzte Fall weder ſeiner Natur nach, noch auf Grund einer beſonderen Rechtsnorm zur amtlichen Zuſtändigkeit der Staatsanwaltſchaft ſich eigne. Allerdings habe ſich in der Praxis eine andere Anſicht feſtgeſetzt, die ihre Grundlage in einem Circulare an die Beamten der Staatsbehörde vom 4 Nov. 1814 habe. Allein dieſes vermöge die Gerichte nicht zu binden, deren Urtheil unabhängig von jedem fremden Einfluß bloß auf das Geſetz ſich zu gründen habe.

o) Faustin Hélie: „Aus der ſtrafrichterlichen Praxis" B. VIII. S. 481 ff. Die vorliegende Abhandlung erörtert

Digitized by Google

eine Materie, die vom Standpunkte der Theorie ſowohl als der Praxis — für den Geſetzgeber nicht bloß, ſondern auch für die Polizeiorgane und Gerichte — von der höchſten Bedeutung iſt. Da unſere Literatur darüber nur ſpärliche und ungenügende Anhaltspunkte bietet, ſo wird es als gerechtfertigt erſcheinen, wenn wir den weſentlichen Inhalt der Abhandlung etwas ausführlicher mittheilen. Sie beſchäftigt ſich nämlich mit dem Rechte der Polizei, allgemeine Strafgebote zu erlaſſen (mit dem pouvoir réglementaire de la police). Da es der Natur der Sache nach unmöglich iſt, in Bezug auf die Art und Weiſe wie die Localpolizei ihre Aufgabe zu löſen hat ganz gleichförmige detaillirte Vorſchriften zu erlaſſen, ſo hat die franzöſiſche Geſetzgebung anfangs (1790) den Gemeindekörperſchaften, ſeit 18 Jul. 1837 den Maires das Recht eingeräumt „1) örtliche Maßregeln in Bezug auf jene Gegenſtände anzuordnen, welche durch die Geſetze ihrer Aufſicht und ihrer Gewalt anvertraut ſind; 2) die allgemeinen Polizeigeſetze und Verordnungen wiederholt bekannt zu machen und die Bürger zu deren Beobachtung aufzufordern". — Controlirt wird die Uebung dieſes Rechts einerſeits durch die dem Maire vorgeſetzte Stelle, den Präfecten, und anderſeits durch die Gerichte, welche die gedrohten Strafen zu verhängen ablehnen, wenn das Polizeigebot aus formellen oder materiellen Gründen der geſetzlichen Grundlage entbehrt.

Dieſe Reglementsbefugniß, durch die conſtituirende Verſammlung ausſchließlich den Gemeindebehörden übertragen, wurde bald auch auf die Präfecten ausgedehnt. Die Erweiterung geſchah zunächſt in der Art daß in einzelnen großen Städten (zuerſt in Paris) der Präfect für gewiſſe Geſchäfte an die Stelle des Maire's trat. Ein Geſetz vom 5 Mai 1855 hat in dieſer Beziehung allgemeine Aenderungen verfügt, indem es in allen Departementshauptſtädten, deren Bevölkerung 40,000 Seelen überſteigt, die Polizei zwiſchen dem Präfecten und dem Maire vertheilt, ſo daß dem erſteren vorzugsweiſe jene Angelegenheiten überwieſen ſind, welche die öffentliche Sicherheit oder das Staatsintereſſe berühren. Indeß noch in einer zweiten Richtung hat das neuere Recht die Präfecten mit der Reglementsgewalt betraut. In mehreren Geſetzen iſt ihnen nämlich die Befugniß zugeſtanden, in Bezug auf gewiſſe Gegenſtände Strafverfügungen, die für das ganze Departement wirkſam ſind, zu publiciren. Daß nun aber dieſe Befugniß nicht

Digitized by Google

weiter ausgedehnt werden dürfe, als ſie ausdrücklich vom Geſetze übertragen iſt, folgt aus der Natur der Sache. — Gleichwohl iſt die Praxis weiter gegangen und hat den Präfecten ein ganz allgemeines Recht Reglements zu erlaſſen eingeräumt, ſich auf alle diejenigen Verhältniſſe erſtreckend, welche zur Competenz der Maires gehören. Die Gründe welche man dafür angeführt hat, ſind vorzüglich folgende:

a) Da der Präfect das Recht hat, die vom Maire ausgegangenen Anordnungen zu vernichten und ihren Vollzug zu ſuspendiren, ſo müſſe er auch das Recht haben, von ſich aus ſolche zu erlaſſen, — eine Schlußfolgerung die offenbar irrig iſt.

b) Die Executivgewalt iſt befugt Maßregeln zum Zwecke des Vollzuges der Geſetze anzuordnen; die Präfecten ſind aber nichts anders als die Bevollmächtigten der Executivgewalt; alſo ſteht ihnen auch dieſelbe Befugniß wie dieſer zu. Um die Unſtichhaltigkeit dieſes Arguments darzuthun, weiſt der Verfaſſer darauf hin daß die Maßregeln zum Zwecke des Vollzugs der Geſetze völlig verſchieden ſeyen von den Strafgeboten der Polizei; jene berühren die Unterthanen zunächſt nicht, ſie drohen keine Strafe u. ſ. w.

c) Ein dritter Grund, der im Weſen wieder auf den erſten zurückführt, iſt der Behörden-Hierarchie entnommen, indem man es als eine natürliche Folge der Unterordnung der Maires unter die Präfecten erklärt, daß dieſe mindeſtens eben ſo viel Macht haben als jene. Zur Unterſtützung beruft man ſich auf eine Vorſchrift des Geſetzes vom 18 Jul. 1837, durch welche der Maire als verpflichtet bezeichnet wird, die Maßregeln der allgemeinen Sicherheit, die vom Präfecten ausgehen, zu vollſtrecken. Allein der Verfaſſer weiſt das Grundloſe dieſer Deductionen treffend nach, und zeigt daß die angezogene Geſetzesſtelle hieher gar nicht paſſe.

Aehnliche Grundſätze entwickelt der Verfaſſer auch für die Reglementsbefugniß der Executivgewalt ſelbſt; auch dieſe iſt damit nur inſoweitausgerüſtet als ihr ſelbe vom Geſetze übertragen iſt. Indeſſen auch hier geht die Praxis weiter und räumt die Berechtigung überall ein, wo ſie durch allgemeine Zwecke gefordert und vom Geſetze nicht ausgeſchloſſen iſt.

Von dem Inhalte des IX. Bandes ſcheinen uns folgende Artikel vorzugsweiſe einer Erwähnung werth:

Digitized by Google

p) Beudant: Ueber den Einfluß der Geburt in Frankreich auf die Staatsangehörigkeit, S. 57 ff.

Während in den Staaten des classischen Alterthums die Abstammung und die Gemeinschaftlichkeit des Blutes über die Staatsangehörigkeit entschied, war es in den germanischen Staaten des Mittelalters der Boden, und nur er, der dieselbe verlieh; außerhalb des Ortes der Geburt war man ein Fremder, d. i. ein an sich Rechtloser. Allmählich modificirt sich dieses reine Territorialsystem, indem man daneben wenigstens in gewissen Fällen auch die Abstammung als Grund der Nationalität gelten läßt. Zur Zeit Pothier's ist es bereits anerkannter Grundsatz des französischen Rechtes, daß die Kinder von französischen Eltern, auch wenn sie im Auslande geboren werden, Franzosen bleiben. — Im Code Nap. trug das antike System den Sieg davon; der Art. 9 desselben läßt aus der Geburt eines Menschen in Frankreich, dessen Eltern Fremde sind, nur ein Recht entstehen, die Eigenschaft eines Franzosen zu reclamiren. Macht jemand von diesem Rechte keinen Gebrauch, so bleibt er ein Fremder, gleichviel ob und wie lange er oder seine Eltern sich in Frankreich aufgehalten haben. Durch ein Gesetz vom 7 Febr. 1851 ist man aber im Princip wieder zu dem mittelalterlichen System zurückgekehrt. Dieses verfügt nämlich: „Franzose ist jedes Individuum, das in Frankreich, abstammend von einem selbst dort geborenen Fremden, geboren wird", und daran hat man, den Erinnerungen des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten nachgebend, der die Durchführung einer solchen Regel in der Unbedingtheit, wie sie ausgesprochen ist, mit den Forderungen der Reciprocität, die im Völkerrecht eine so große Rolle spielt, nicht für vereinbar hielt, noch die Clausel gehängt: „es müßte denn seyn, daß das fragliche Individuum in dem Jahre, das seiner Volljährigkeit, sowie sie im französischen Rechte geregelt ist, nachfolgt, die Eigenschaft eines Fremden entweder vor der Gemeindebehörde seines Wohnorts oder vor den diplomatischen und Consularagenten seines bisherigen Vaterlandes reclamirt."

Veranlaßt ist dieses Gesetz, wie uns der Verfasser belehrt, hauptsächlich durch die Uebelstände welche sich bei der Militärconscription und der Truppenaushebung aus dem Art. 9 des Code ergeben hatten; Jünglinge, deren Voreltern seit vielen Generationen in Frankreich sich niedergelassen hatten, suchten sich ihr zu ent-

Digitized by Google

ziehen, indem ſie ſich auf ihre Eigenſchaft als Fremde beriefen. Unſer Artikel ſucht zu zeigen einerſeits daß dieſe Uebelſtände, an ſich nicht bedeutend, keinen genügenden Grund liefern könnten, um von dem abzuweichen, was in allen modernen Staaten als Regel anerkannt iſt, anderſeits daß es möglich geweſen wäre denſelben auch in anderer Weiſe abzuhelfen.

q) Huc, Theoph. beſpricht in zwei Artikeln den Einfluß des canoniſchen Rechtes auf die Geſetzgebung über den Civilproceß (S. 19 — 55) und auf das Familienrecht (S. 224 — 243). Das Ergebniß des erſten Artikels, in deſſen Einzelnheiten wir hier nicht eingehen können, faßt der Verfaſſer in den Worten zuſammen: „Alles was in dieſer Materie bedeutend iſt und was man gewiſſermaßen den edlen Beſtandtheil derſelben nennen könnte, leitet ſich von den Decretalen her. Man kann daher mit Recht ſagen: der gegenwärtige Proceß iſt nur eine fortwährende Anwendung des canoniſchen Rechts, modificirt durch die Bedürfniſſe der Zeit und die Umſtände.“ — Der zweite Artikel beſchäftigt ſich vorzüglich damit den Unterſchied des neueren, durch die chriſtliche Kirche begründeten und ausgebildeten Eherechts von dem römiſchen darzulegen. Verwandt mit dem letzteren ſind die Abhandlungen von Eugène Bimbenet: „Neue Unterſuchungen über den Zuſtand der Frauen, über die Einrichtung der Ehe und das eheliche Güterverhältniß in B. VIII. S. 117 ff. und B. IX. S. 155 ff. *)“

*) Von dem Inhalte des IX. Bandes machen wir den Leſer noch aufmerkſam auf J. E. Labbé: „Kann man wegen der von einer Ehefrau unter dem Dotalſyſtem eingegangenen Verbindlichkeiten nach Auflöſung der Ehe an den Dotalgütern ſeine Befriedigung ſuchen(S. 1 ff.)? — und „von der Ausübung der Rechte eines Schuldners durch ſeinen Gläubiger (S. 208 ff.).“ Pochonnet: „Von dem Rechtsirrthum (S. 178 ff.).

Digitized by Google

Außerdem heben wir aus dem VI. Bande noch hervor: P. Janet: die Anzeige und Beurtheilung einer Ueberſetzung der Rechtsphiloſophie von Kant S. 39 ff.; Pouhaër: Ueberblick der Geſchichte des bretoniſchen Rechts S. 118 ff.; Dr. Labbé, Studien über das Retractrecht unter Zugrundelegung des Tractats von Tiraqueau S. 142 ff.; Dr. Bergſon, von der Transſcription in Hypothekenſachen — eine Vergleichung des neueſten franzöſiſchen Geſetzes über dieſe Materie mit den fremden Geſetzen S. 169 ff.; Laferrière: die alten Gewohnheiten von Toulouſe S. 224 ff. und 490 ff. — Aus dem VII. Bande: Aubepin: Ueber den Einfluß von Dumoulin auf gewiſſe Materien des Civilrechts S. 145 ff. (worüber wir uns eine beſondere Beſprechung vorbehalten); Ancelot: Ueber die vergleichungsweiſe Bedeutung von Theorie und Praxis S. 190 ff. (als Entgegnung auf einen Artikel von Sacaſe in Bd. VI S. 83 ff.); Rigaut: Ueber die Grundprincipien des Naturrechts S. 199 (Fortſetzung eines Aufſatzes in Bd. V. S. 531); Serrigny: Von dem geſetzlichen Verhältniſſe des Goldes und des Silbers und von dem Einfluß, den die im Verhältniß größere Zunahme des erſteren hierauf äußert S. 236 ff.; A. L. Morin: Von der Beſtimmung der Gränzen der Grundſtücke S. 508 ff.

---

2) Der Deutſchen.

Zu 3. Die Zeitſchrift für deutſches Recht ꝛc. ꝛc. (ſ. oben B. V. S. 152) enthält in B. XVII. H. 2 und 3:

V. Dr. Gundermann (in München): Das angelſächſiſche Vermögensrecht im Zuſammenhange mit dem heutigen Rechte dargeſtellt. S. 161.

VI. Dr. Päpke (in Greifswald): Genoſſenſchaftsbildungen in pommer'ſchen Städten. Mit einer Nachſchrift von Beſeler. S. 218.

VII. W. E. v. Gonzenbach (in St. Gallen): Etwas über die Confiscation nach deutſchem Rechte. Hat wirklich ſchon Carl V. dieſelbe als Criminalſtrafe auf das Verbrechen der Majeſtätsbeleidigung beſchränkt S. 250?

VIII. Derſelbe: Noch ein Wort zum Artikel 218 der Carolina. Nebſt Erwiederung von Abegg. S. 272.

IX. Fragmente der älteſten bekannten Handſchrift des Edictum Regis Rottaris in der Kloſterbibliothek zu St. Gallen. S. 279.

X. Bopp (Adv. in Darmſtadt): Beiträge zur Kenntniß der oberſtrichterlichen Praxis in Bezug auf den Reichsdeputationshauptſchluß von 1803. S. 283.

XI. Prof. Dr. Fuchs (zu Marburg): Ueber die Quellen des Solmſer Landrechts. S. 292.

XII. Warnkönig: Die neueſten Vereinbarungen mit Rom. S. 321. Zuſatz der Redaction. S. 398.

XIII. Stobbe, (Prof. in Königsberg): Das alte Kulmer Recht. S. 406.

XIV. Bopp: Noch ein peinliches Verfahren unter Anwendung der Carolina S. 440.

XV. Oſenbrüggen (Prof. in Zürich): Der Nachtſchach. S. 466.

Digitized by Google

Zu 5. Jahrbuch des gemeinen Rechtes. S. oben B. V. (S. 152) Das zweite und dritte Heft bringen:

VII. Pernice, Ueber substitutio tacita. S. 217.

VIII. Grimm, Jac. Recht von Hiesfeld. S. 257.

IX. und XII. Bekker, Die Geldpapiere. S. 266 und 362.

X. Anſchütz, Ueber Actiencommanditgeſellſchaften. S. 326.

XIII. Stobbe, O., die Grundſätze der deutſchen Rechtsquellen des Mittelalters über den Gerichtsſtand. S. 427.

Außerdem enthält jedes Heft eine Literaturüberſicht und ein Recenſionen-Verzeichniß.

13. Archiv für praktiſche Rechtswiſſenſchaft (ſ. darüber oben B. IV. S. 112).

Der IV. Band enthält, abgeſehen von den mitgetheilten Präjudicien, folgende Abhandlungen:

1. Elvers, Dr. (Ob.-App.-R. in Caſſel): Ueber ſtillſchweigende Pupillarſubſtitution, insbeſondere im Verhältniß zur Mutter des Pupillen. S. 1.

(Nebſt einem Nachtrage zu dieſem Aufſatze) S. 150.

2. Creizenach, Dr. Advocat-Anwalt in Mainz: Der kaufmänniſche Contocurrent, der Creditvertrag und das kaufmänniſche Depositum irregulare. S. 31.

3. Brackenhoeft, Dr. J. Prof. in Heidelberg: Ueber den Anfangspunkt der Klagenverjährung. S. 76.

4. Gerau, Hofgerichtsrath in Darmſtadt: Ueber die Verbindlichkeit zum Beweiſe der Widerrechtlichkeit einer Handlung, wo dieſe die Vorausſetzung eines Klage-Anſpruchs bildet. S. 101.

5. Elvers, Dr. Ob.-App.-R. in Caſſel: Vom nudum praeceptum testatoris und von der Vollziehung letztwilliger Anordnungen beſonders durch Teſtamentsexecutoren. S. 114.

6. Bopp, Advocat in Darmſtadt: Die civilrechtlichen Folgen der außerehelichen Beiwohnung nach Maßgabe des Großh. Heſſ. Geſetzes vom 30 Mai 1821 und auf den Grund von Gerichtsausſprüchen. Supplement des Beitrages zum dritten Band dieſes Archivs. S. 152.

8. Hoffmann, Dr.: Ueber die Verjährungs- und Währzeit bei dem Verkaufe mangelhafter Sachen, beſonders bei dem Viehhandel nach römiſchem und deutſchem Rechte, ſowie nach den Bedürfniſſen des heutigen Handelsverkehres. S. 177.

9. Büff, Obergerichtsrath in Caſſel: Bedürfen ſog. Familienfideicommiſſe des niederen Adels zu ihrer Gültigkeit der landesherrlichen Beſtätigung? S. 200.

10. Emminghaus, Dr. Geh.-Reg.-Rath in Weimar: Ueber das Civilproceßverfahren wider Abweſende. S. 208.

11. Lauk, Dr. Oberappellationsrath in München: Ueber Surrogate im Civilrecht. S. 238.

12. Bopp, Advocat in Darmſtadt: Das Inſtitut des bäuerlichen Gutsanſchlags und des damit verwebten Auszugs (Leibgedings Altentheils) im Spiegel der Praxis der Gerichtshöfe im Großherzogthum Heſſen, beſonders des oberſten Tribunals. S. 248.

Digitized by Google

13. Fuchs, Dr. C. Privatd. zu Marburg, Kritiſche Erörterung: Ueber fr. 14 §. 3. de alim. vel. cib. leg. 34, 1. S. 313.
14. Schaeffer, Dr. Hofgerichtsrath in Gießen: Ueber den Beweis des Gewohnheitsrechtes durch den Schiedseid. S. 318.
17. Zaun, Heinrich, O. G. Ref. zu Kaſſel: Beiträge zur Lehre vom Retentionsrecht. S. 369.
18. Hallwachs, L., Staatsanwaltſubſtitut in Darmſtadt: Beitrag zur Lehre von der Nothwehr. S. 430.
19. Dehn-Rotfelſer, Dr. K. v., Generalſtaatsprocurator zu Caſſel: Ueber das bei Requiſitionen an die Vereinigten Staaten Nordamerika's um Auslieferung entwichener Verbrecher zu beobachtende Verfahren. S. 447.
20. Ortloff, Dr. Herrmann, Privatd. in Jena: Ein beſonderes Verfahren in Ehrenkränkungsſachen. S. 454.
21. Schäffer, Dr M.: Das Inſtitut des bäuerlichen Gutsanſchlags ꝛc. Ergänzung der Darlegung des Hr. Adv. Bopp in Bd. 4 Nr. 14. S. 491.

Band V. Heft 1 bringt:

1. Dr. E. Hoffmann: Muß dem Wechſelſchuldner als ſolchem der Wechſel in des letzteren Wohnung (oder Geſchäftslocal) zur Zahlung präſentirt und das Geld bei ihm abgeholt werden, und welchen Einfluß äußert eine ſolche Präſentation, ſowie die Unterlaſſung derſelben auf die mora des Wechſelſchuldners und Wechſelgläubigers, ſowie auf das Klagrecht des letzteren gegen den erſteren? S. 1.
2. Ladenburg: Die Klage wegen Bereicherung nach der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung. S. 36.
3. Dunker (Ob.-Ger.-Rath in Rotenburg): Betrachtungen über die Wirkungen rechtskräftiger Erkenntniſſe in Civilſachen mit Berückſichtigung des kurheſſiſchen Rechts. S. 50.
4. Brackenhöft: Das Verhältniß der Streitgenoſſen in Anſehung der Erſtattung der Proceßkoſten. S. 76.

---

14) Archiv für deutſches Wechſelrecht herausgegeben von Ed. Siebenhaar, k. ſ. App.-Rath und Dr. Theod. Tauchnitz, Rechtsconſulent.

Das Archiv für deutſches Wechſelrecht, ſeit der Einführung der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung ins Leben gerufen und von Einert bevorwortet, will zunächſt die Kenntnißnahme von dem befördern, was in Wechſelſachen von Behörden und Richtern zur Befolgung des Geſetzes geſchieht. Es ſoll aber auch Gelegenheit zu Beſprechungen über das Geſetz ſelbſt, über die bei deſſen Anwendung hier und da aufſteigenden Bedenken, über das Bedürfniß von Verſtändigung und Belehrung über ſeine Auslegung dar-

Digitized by Google

bieten. Daher bringt es theils Präjudicien für Erfüllung des erſteren Zweckes, theils mehr oder minder ſelbſtändige Aufſätze und Abhandlungen. Wir ſehen hier von der erſteren Abtheilung des Inhaltes ab und bringen für die Zukunft eine fortlaufende Ueberſicht der Abhandlungen und zwar zuvörderſt von Bd. IV.

I. Dr. Jolly, Docent in Heidelberg: Von verlornen Wechſeln. S. 1.

II. Dr. Labenburg, Advocat in Mannheim: Darf der Bezogene einen Wechſel auch nach der Verfallzeit zahlen? S. 49.

III. und XI. Dr. Victor Platner, Docent in Marburg: Vergleichung der gemeinen deutſchen Wechſelordnung mit dem kurheſſiſchen Wechſelrecht. S. 60.

IV. Dr. Joh. Blaſchke, Prof. der Rechte zu Gratz: Beitrag zur Erläuterung des Art. 2 der öſterr. Wechſelordnung v. 25 Jan. 1850. S. 80. und 285.

V. Dr Günther, Präſident ꝛc., in Leipzig: Ueber die Frage: Ob und unter welchen Vorausſetzungen eine früher beſtandene Geldſchuld dadurch erlöſche daß der Gläubiger von dem Schuldner über deren Betrag einen Wechſel annimmt? Mit beſonderer Berückſichtigung des k. ſächſ. Rechts. S. 129.

VI. Dr. Joh. Blaſchke, Prof. zu Gratz: Zum Art. 94, der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung mit beſonderer Rückſicht auf Oeſterreich. S. 154.

VII. Purgold, Advocat und Syndicus in Darmſtadt: Kann die Ehefrau gemeinrechtlich und insbeſondere im Großherzogthum Heſſen gemeinſchaftlich mit ihrem Ehemann wechſelrechtlich verpflichtet werden? S. 162.

VIII. Dr. Leonhard Wächter, Notar in Hamburg: Erörterungen über die Amortiſation von Wechſeln, zum Art. 73 der deutſchen Wechſelordnung. S. 241.

IX. Dr. Labenburg: Kann der Wechſelinhaber gegen den Bezogenen, der nicht acceptirt aber Deckung für den Wechſel erhalten hat, auf Zahlung desſelben klagen. S. 250.

X. Stern, Lehrer der Handelswiſſenſchaft in Gießen: Ueber das Regreß- und Verjährungsſyſtem der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung. S. 269.

XII. W. Brauer, Geheimrath in Karlsruhe: Die Präſentation zur Annahme bei concurrirenden Nothadreſſen. S. 316.

XIII. Dr. Berger, Advocat in Wien: Zur Lehre von den Domicilwechſeln. S. 361.

XIV. Dr. Jolly: Vom Indoſſamente. S. 374.

XV. Dr. Heinrich Meißner, Advocat in Leipzig: Vom eigenen Wechſel und der Schuldverſchreibung nach Wechſelrecht. S. 401.

XVI. Carl Peter Kheil, bürgerl. Kauf- und Handelsmann in Prag: Interpretation der traſſirt-eigenen Wechſel. (Art. 6.) S. 421.

Digitized by Google

Archiv für deutſches Wechſelrecht. Fünfter Band.

I. Dr. Carl Einert, Vicepräſident des k. Ob.-App.-Gerichts zu Dresden: Zur Lehre von der Begebung ſolcher Wechſel, welche an eigene Ordre geſtellt ſind. S. 1.

II. W. Brauer: Von der Prolongation der Wechſel. S. 13.

III. Dr. J. Jolly: Von dem Indoſſamente. (Schluß.) S. 37.

IV. W. Brauer: Zur Erläuterung des Art. 37 der Wechſelordnung. S. 113.

V. Dr. Ladenburg: Bewirkt die Ausſtellung, Indoſſirung oder Acceptirung eines Wechſels für eine beſtehende Schuld eine Novation? S. 122.

VI. Dr. Leonhard Wächter: Ueber den Begriff und die Natur der Domicilwechſel. Als Erläuterung der §§. 24, 43 und 99 der deutſchen Wechſelordnung. S. 150.

VII. Dr. Victor Platner: Vergleichung der gemeinen deutſchen Wechſelordnung mit dem kurheſſiſchen Wechſelrecht. S. 167.

VIII. Dr. Herrmann Blodig, k. k. o. ö. Profeſſor an dem k. k. polytechniſchen Inſtitute in Wien: Die Wechſelprivilegien nach der öſterreichiſchen Geſetzgebung. S. 195.

IX. Dr. Biener: Geh. Juſtizrath in Dresden: Vertheidigung des Valutabekenntniſſes und der Stellung auf Ordre in Wechſeln. S. 241.

X. Dr. Emil Hoffmann: Hofgerichtsrath zu Darmſtadt: Ueber die Natur des Papiergeldes, des Papieres au porteur und des Wechſels, ihre gegenſeitige Verwandtſchaft und Verſchiedenheit. S. 256.

XI. Ludwig Hauff, Rechtsconſulent in München: Ueber die ein Zinsverſprechen enthaltenden eigenen Wechſel und deren Gültigkeit oder Ungültigkeit, mit beſonderer Rückſicht auf das bayeriſche Einführungsgeſetz. S. 311.

XII. Dr. Brucker: Aphorismen aus dem Wechſelrecht. S. 353.

XIII. Dr. Biener: Betrachtungen Ueber Art. 19 der allgem. d. Wechſelordnung. S. 372.

XIV. Dr. Em. Hoffmann: über die Bedingungen der Gültigkeit des Erwerbs eines Wechſels und der an den Wechſelinhaber geleiſteten Zahlung. S. 384.

---

13) „Zeitſchrift für Rechtspflege und Verwaltung“ zunächſt für das Königreich Sachſen von Dr. Th. Tauchnitz. Neue Folge. B. XIV. Leipzig 1855 und 1856*).

1. Zur Frage über die Anwendbarkeit des geſetzlichen Schutzrechts gegen Nachdruck auf Erzeugniſſe der Tagespreſſe. Von Herrn Regierungsrath im Miniſterium des Innern v. Witzleben. S. 1.

---

*) Die Zeitſchrift bringt einerſeits Abhandlungen über einzelne Materien, und zwar dem Titel nach ohne Ausſchluß einer Disciplin, und dann Präjudicien aus der Praxis der Gerichts- und der Verwaltungsbehörden. In beiden Gebieten herrſcht übrigens das bürgerliche Recht vor; nur ſelten finden ſich Fragen des öffentlichen Rechts erörtert.

Digitized by Google

2. Ueber die Berechnung der Verzugszinſen bei eintretender caſſatoriſcher Clauſel. Von Stadtgerichtsrath Herrmann Klemm in Leipzig. S. 97.
3. Ueber die Verbindlichkeit des Patrimonialgerichtsherrn gegen ſeine Beamten beim geſetzlichen Uebergange der Patrimonialgerichtsbarkeit an den Staat. Von Herrn Dr. Herrmann Th. Schletter, Prof. der Rechte und a. o. Beiſitzer des App.-Ger. zu Leipzig. S. 104.
4. Das getheilte Eigenthum unter dem beſtehenden Geſetze gegen Nachdruck*). Von Hr. Advocat Volkmann in Leipzig. S. 110.
5. Die Klagbarmachung von Schäden aus ſtrafbaren Handlungen. Vom Herrn Oberappellationsrath Ritter ꝛc. Dr. Schwarze. S. 193.
6. Ueber Recognitionsregiſtraturen. Vom Herrn Juſtizminiſterialſecretär Lamm in Dresden. S. 213.
7. Ein Votum über die Natur der Reallaſten mit Beziehung auf die Frage nach der Haftpflicht des Nachfolgers im Grundbeſitze für die Rückſtände aus der Zeit ſeines Beſitzvorgängers in einer bei dem herzoglichen Appellationsgericht zu Altenburg zweitinſtanzlich anhängigen Proceßſache. Vom Herrn Dr. Schenk, Appellationsgerichtspräſidenten zu Altenburg. S. 289.
8. Ueber die ſolidariſche Verbindlichkeit der Handelsgenoſſen nach ſächſiſchem Gerichtsbrauche. Vom Herrn Appellationsrath Siegmann in Dresden. S. 385.
9. Zur Geſchichte der allgemeinen Städteordnung für das Königreich Sachſen. Vom Herrn Oberappellationsrath a. D. Dr. Petſchke in Dresden. S. 402.
10. Ueber die Unverjährbarkeit der Hypotheken nach dem Hypothekengeſetze vom 6 November 1843. Vom Herrn Oberappellationsrath Siebenhaar in Dresden. S. 481.

Der XV. Band derſelben Zeitſchrift bringt folgende ſelbſtändige Erörterungen:

I. Die Vertheidigung im mündlichen Strafverfahren. Vom Hrn. Oberappellationsrath Ritter ꝛc. Dr. Schwarze in Dresden. S. 1.

II. Leidet der Grundſatz daß wenn eine Sache an mehrere beſonders verkauft worden iſt, der zweite Käufer welcher die Sache tradirt erhalten, dem erſten Käufer vorgeht, noch gegenwärtig bei Immobilien Anwendung? Vom Herrn Oberappellationsrath Siebenhaar in Dresden. S. 97.

III. Ueber den Sinn und die wahre Bedeutung der „actio“ quae „ex ipsa re“ oriuntur in L. 15. D. locati conducti XIX. 2. Von Herrn Dr. Emminghaus, vortragendem Rathe im großherzoglichen Staatsminiſterium, Dep. der Finanzen in Weimar. S. 193.

IV. Zur Geſchichte der allgemeinen Städteordnung für das Königreich Sachſen. Vom Herrn Oberappellationsrath a. D. Dr. Petſchke in Dresden. S. 206.

V. Die Rechtsmittel des Angeklagten gegen Enderkenntniſſe des Bezirksge-

*) Der Verfaſſer verſteht hier unter getheiltem Eigenthum das Verhältniß mehrerer unter verſchiedenen Geſetzgebungen lebender Verleger, denen ein und derſelbe Auctor für ihr Land das ſog. literariſche Eigenthum überlaſſen hat.

Digitized by Google

richts und Beſcheide der Gerichtsämter. Vom Herrn Oberappellationsrath von Neigenſtein in Dresden. S. 289.

VI. Zu l. 97. D. de adquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.) Vom Herrn Oberappellationsrathe Du Chesne in Dresden. S. 311 ff.

VII. Erläuterung des in der Bekanntmachung vom 6 Aug. 1836 unter III. enthaltenen Rechtsſatzes vom O.-App.-R. Ed. Siebenhaar. S. 385 ff.

VIII. v. Reitzenſtein (Ob.-App.-Rath): Aphoriſtiſche Bemerkungen zum Strafgeſetzbuche. S. 481 ff.

Digitized by Google

VIII.

Nekrolog.

Johann Adam von Seuffert,

geb. 15 März 1794, geſt. 8 Mai 1857.

Johann Adam Seuffert iſt geboren zu Würzburg am 15 März des Jahres 1794, der zweite Sohn jenes im Jahre 1829 verſtorbenen Präſidenten Joh. Michael von Seuffert, welcher auch im Dienſte des bayeriſchen Staates als Vorſtand des Appellationsgerichts zu Würzburg und als zweiter Präſident der Kammer der Abgeordneten den hohen Ruf des Charakters und Geiſtes bewährt hat, welchen er als vornehmſter Rath und Vertrauter Franz Ludwigs erworben hatte.

Seine Univerſitätsſtudien begann der frühreiſe Jüngling, nachdem er auf dem Gymnaſium ſeiner Vaterſtadt eine tüchtige claſſiſche Bildung erworben und die Liebe zu den Alten für das Leben eingeſogen hatte, ſchon im Jahre 1809 zu Würzburg und ſetzte ſie unter Kleinſchrod, Schmidtlein, Behr, Metzger und Rudhart bis zum Jahre 1814 fort. Hier wurde Seufferts wiſſenſchaftliche Thätigkeit einige Zeit unterbrochen, indem er dem Rufe ſeines damaligen Landesherrn folgend als Lieutenant in dem großherzoglich würzburgiſchen freiwilligen Jägerbataillon den Feldzug nach Frankreich mitmachte. Die Rückkehr aus dem Felde war für ihn auch die zu ſeinen Studien. Er erwarb die philoſophiſche, ſofort die juriſtiſche Doctorwürde am 16 März 1815*) und bezog Göttingen, wo er ſich unter Hugo und Heiſe für das akademiſche Lehramt vorbereitete. Er habilitirte ſich dort für Geſchichte und

*) Inauguraldiſſertation: de eo quod justum est circa reclamationem uxoriam juris Franconici, 1815.

Digitized by Google

Staatswissenschaften*), und siedelte im Mai 1816 an die Universität Würzburg über, wo der junge strebende Docent in rascher Folge die höchste Stufe des akademischen Lehramts errang (Privatdocent mit der Befugniß über Pandekten, Staatengeschichte und bayerische Geschichte Vorlesungen zu halten, am 10 November 1816; Extraordinarius für Geschichte, Pandekten, bayerisches Civilrecht, am 27 Jul. 1817, in Folge eines ehrenvollen Rufes an die niederländische Hochschule zu Gent; Ordinarius für die genannten Fächer und außerdem für die Institutionen des römischen Rechts, am 21 Januar 1819).

Als Seuffert seine akademische Laufbahn antrat, waren der Wissenschaft des Rechts zwei große Aufgaben vorgezeichnet: eine historische, sofern es galt die Elemente des gemeinen Rechts in ihrer geschichtlichen Entstehung und Entwicklung zu erforschen und zu begreifen — und eine praktisch-dogmatische, welche in der exegetisch-systematischen Verarbeitung des geltenden Rechts und in der Fortbildung desselben nach dem Rechtsbedürfniß und der Rechtsanschauung der Gegenwart beruht. — So weit Seuffert zu allen Zeiten entfernt war die Nothwendigkeit und den Werth der historischen Erforschung des Rechts zu verkennen, so ließ ihn doch seine ganze geistige Anlage seinen Beruf mehr in der praktisch-dogmatischen Bearbeitung und Fortbildung des Rechts finden, und in diesem Sinn hat Seuffert als Lehrer und Schriftsteller mit rastlosem und erfolgreichem Eifer gewirkt.

Der juristische Lehrkreis Seufferts umfaßte vornehmlich die Vorlesungen über römisches Civilrecht, Pandekten und Institutionen, über den Civilproceß in Verbindung mit dem Civilpracticum und Relatorium; dann über das bayerische Civilrecht. — Seuffert war seiner Zeit einer der gefeiertsten Lehrer des Rechts. Er vereinigte alle Gaben in seltenem Maße, welche den ausgezeichneten Universitätslehrer ausmachen: Fülle und Gründlichkeit des juristischen Wissens, getragen von einer gediegenen allgemeinen Geistesbildung; eine seltene Gabe des mündlichen Vortrags, volle Hingebung an den Beruf; und vor allem jenes Feuer des Geistes, welches sich erwärmend und belebend dem Zuhörer mittheilt. So legen denn auch Seuffert's ehemalige Schüler, zum Theil Männer

*) Habilitationsschrift: Ueber den volksthümlichen Geist in dem politischen Leben der griechischen Freistaaten. Göttingen 1815.

Digitized by Google

in hohen Stellungen, gerne dankbares Zeugniß über jene Zeit ab und bekennen, daß sie aus seinen Vorträgen nicht nur die gründlichste Belehrung, sondern auch lebendige Anregung und nachhaltige Freude an dem juristischen Studium geschöpft haben.

Neben dieser angestrengten Lehrthätigkeit und der regen Theilnahme an den Arbeiten des Spruchcollegiums, dessen Ordinariat er mehrmals führte, entwickelte Seuffert auch eine bedeutende schriftstellerische Thätigkeit. Er lieferte zahlreiche und dankenswerthe Beiträge zu einzelnen Lehren des Civilrechts und des Civilprocesses*), und arbeitete sein Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts aus. (Würzburg 1825, 3 Bände.)

Bei dem letztern Werke hat sich Seuffert den Vortrag der dogmatischen Sätze des geltenden Rechts ohne Beimischung von Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümern vorgesetzt; eine gründliche Theorie des geltenden Rechts zum Behufe der praktischen Anwendung. Er war dabei bemüht, dem Lehrbuch durch möglichste Deutlichkeit, Faßlichkeit und Genauigkeit des Vortrags einen besondern Vorzug zu geben, und daß ihm dieß in hohem Grade gelungen ist, beweist nicht nur die Aufnahme des Werks von Seiten der Praktiker, welche ihre Kenntniß des gemeinen Rechts mit Vorliebe aus diesem Handbuch schöpfen; auch angesehene Rechtslehrer haben dasselbe noch in den letzten Jahren ihren Vorlesungen zu Grunde gelegt. So hat es sich bis heute neben den trefflichen neuen Lehrbüchern der Pandekten in voller Anerkennung erhalten und im Jahre 1847 die zweite, im Jahre 1852 die dritte Auflage erlebt.

---

*) Außer einzelnen Abhandlungen im Archiv für civil. Praxis (Bd. I. S. 130 ff.; Bd. III. S. 195 f., 211 f., 219 f.; Bd. IX. S. 432; Bd. XI. S. 35; Bd. XII. S. 301 f.); im Archiv für Crim.-R., in der Sammlung des Frhrn. v. Zu-Rhein (Bd. II. S. 1 f.), in der Allgem. juristi. Zeitung seyen hier folgende juristische Schriften angeführt: Das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht, nach der bayer. Gesetzgebung dargestellt. Würzburg 1819. (140 S.) — Civilistische Erörterungen. Würzburg 1820. (79 S.) — Erörterungen einzelner Lehren des römischen Privatrechtes. 2 Abtheilungen. Würzb. 1820 u. 1821. (162, XIV. u. 142 S.) — Beitrag zur Lehre vom Weiberecht. Würzburg 1822. (47 S.) — Beiträge zur Gesetzgebung, insbes. des Königr. Bayern. Würzb. 1823. (138 S.) — Beiträge zur Lösung römisch-rechtlicher Controversen (Programm zur Feier des 16 Febr. 1824). Würzb. 1824. (31 S.) — Beiträge zur Lehre von der Codicillarclausel und von der Auslegung letzter Willen. Würzb. 1829. (67 S.; ist die Relation über den Städel'schen Erbschaftsproceß

Digitized by Google

Durch das Vertrauen seiner Collegen wurde Seuffert zum Vertreter der Universität Würzburg für die Ständeversammlung des Jahrs 1831 gewählt, und nahm den Stuhl des zweiten Präsidenten ein. Es muß einer Geschichte jenes Landtags vorbehalten bleiben, Seufferts landständische Thätigkeit darzustellen; hier sey nur so viel erwähnt, daß er auch an den legislativen Arbeiten der damaligen Session hervorragenden Antheil genommen hat. — —

Im September 1834 trat Seuffert als Rath bei dem Appellationsgericht für den damaligen Rezatkreis zu Ansbach ein. — Die dadurch herbeigeführte bleibende Trennung vom Lehramt war für Seuffert um so schmerzlicher, je glücklicher er sich in seinem bisherigen Wirkungskreis gefühlt hatte. Er fand sich indeß bald in jenem Gerichtshofe heimisch, an welchem unter einem trefflichen Vorstand (von Leonrod) eine Anzahl von Männern wirkte, welche mit gediegener juristischer Bildung ein reges wissenschaftliches Streben verbanden, und widmete sich fortan mit ganzer Kraft und voller Liebe dem ihm angewiesenen neuen Beruf. Die Gebrechen und Bedürfnisse der Praxis traten ihm alsbald lebendig vor die Seele und entzündeten in dem schöpferischen Geiste den Wunsch, auch an seinem Theile zur Verbesserung der Rechtspflege beizutragen. Welch andrer Weg konnte sich hiezu dem Manne, der auf der Höhe der Wissenschaft stand, darbieten, als die Belebung und Erfrischung der Rechtsanwendung durch die Theorie und zugleich die Befruchtung der Wissenschaft durch die Ergebnisse der Praxis? In diesem Sinne unternahm Seuffert zwei Werke: die Bearbeitung des Commentars zur Gerichtsordnung (begonnen 1836, vollendet 1840 in 4 Bänden), und die Gründung der Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern*).

Der Commentar zur Gerichtsordnung ist ein anerkanntes Meisterwerk. Durch die Umsicht und erschöpfende Gründlichkeit in der Behandlung des Stoffs, durch den Scharfsinn und den praktischen Takt, mit welchem die schwierigeren Fragen ihrer

---

und die einschlägigen Rechtsfragen, welche Seuffert für das Spruchcollegium bearbeitet hat.)

*) Andere schriftstellerische Früchte dieser Periode sind die Abhandlung „über das Forum der Staatsschuldentilgungsanstalt." Ansb. 1835; dann auch die „gesammelten rechtswissenschaftlichen Abhandlungen." Erlangen 1837.

Digitized by Google

Lösung entgegen geführt werden, durch die Klarheit und Gediegenheit der Darstellung erfüllt der Commentar alle Anforderungen, welche vom Standpunkte der Theorie wie der Praxis an denselben gestellt werden mögen, und überragt alle ähnlichen Leistungen auf dem particularrechtlichen Gebiete anderer Staaten. Er hat zugleich das besondere Verdienst, daß er das Sonderrecht überall mit der Wissenschaft des gemeinen Rechts, als dem allen particularen Rechtsbildungen gemeinsamen höhern Lebens- und Bildungselement, verknüpft, und so auch der gemeinrechtlichen Theorie vielfache Bereicherungen zuführt.

Die Blätter für Rechtsanwendung (vom Jahre 1836 an jährlich ein Band), über deren Entstehungsgeschichte der in ihrem 22. Band zu Nr. 15 von Freundeshand niedergelegte Nekrolog genauere Aufschlüsse gibt, setzten sich zur ausgesprochenen Aufgabe die Vermittlung ersprießlicher Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis, die Befruchtung der einen aus der andern, sowie die Beförderung einer richtigen und gleichförmigen Rechtsanwendung. Der reiche Inhalt der Blätter zerfällt demnach in zwei Theile. Die Blätter sind das stehende Organ geworden, durch welches die Jurisprudenz unserer höhern Gerichte, vornehmlich des obersten Gerichtshofs zum Gemeingut gemacht wird. Diese praktischen Mittheilungen helfen einem unabweisbaren Bedürfnisse der Rechtspflege ab, für dessen Befriedigung auffallenderweise vor Seufferts Unternehmen keine nachhaltige Sorge getragen war; sie gewähren der Gleichmäßigkeit und Sicherheit der Rechtsanwendung den größten Vorschub und legen zugleich ein rühmliches Zeugniß ab von der Pflichttreue, mit welcher der oberste Gerichtshof seine Aufgabe erfüllt. — Daneben enthalten die Blätter eine Fülle wissenschaftlicher Erörterungen über schwierige Materien und bestrittene Fragen fast aus allen Zweigen des Rechts und sind eine wahre Fundgrube gründlicher Belehrung. Seuffert war von Anfang bis zuletzt die Seele und der Hauptträger der Zeitschrift; eine große Anzahl wichtiger Abhandlungen und Aufsätze ist aus seiner Feder, und die Epikrisen, mit welchen er erheblichere Einsendungen Anderer zu begleiten pflegte, geben Zeugniß der Gewissenhaftigkeit und Treue, mit welcher er seinen Pflichten als Herausgeber nachkam.

Welche große Verdienste um die bayerische Rechtspflege sich Seuffert durch den Commentar und durch die Gründung und Fortführung

Digitized by Google

der Blätter erworben hat, bedarf für bayerische Juristen keiner weitläufigen Darlegung. Ueber zahlreiche wichtige und schwierige Rechtsfragen ist ein fester Gerichtsgebrauch angebahnt; viele Controversen und damit manche bedenkliche Ungleichheiten in der Rechtsanwendung sind beseitigt. Der wissenschaftliche Geist in der Rechtsanwendung ist theils genährt, theils geweckt worden; wenn sich die neuere Praxis der höheren Gerichtshöfe durch ihre Emancipation von dem Buchstabendienst und todten Formalismus und durch das Bestreben, das positive Recht nach seinem innern Geiste aufzufassen, und anzuwenden, charakterisirt, so haben Seufferts Arbeiten hiezu nicht den kleinsten Anstoß gegeben. — Für die Einführung der neuen Gesetze in die Anwendung und in das Rechtsleben, besonders derjenigen, welche die legislative Epoche seit dem Jahre 1848 gebracht hat, ist erhebliches geleistet, und auch die Fortbildung des ältern Rechts verdankt Seuffert manchen wichtigen Beitrag, indem er mit Vorliebe und Glück solche Rechtsfragen behandelte, welche durch die neuen Erscheinungen des Rechtslebens, durch die großartige Entwicklung der Industrie und die Bedürfnisse des Credits hervorgerufen sind. —

Die Steigerung eines organischen Leidens nöthigte Seuffert im Jahre 1839 dem praktischen Staatsdienste zu entsagen, worauf er seinen bleibenden Wohnsitz in München nahm. Eine Störung des normalen Blutumlaufs, die dadurch herbeigeführte Erregbarkeit des Nervensystems verbunden mit zeitweisem Blutandrang nach dem Gehirn raubten ihm regelmäßig einen Theil der Nachtruhe und gestatteten ihm, fortan von Tag zu Tag sich nur einige wenige Stunden geistiger Anstrengung hinzugeben. — Gerade in dieser Periode, wo die Fristung des Lebens durch die strengste Diät und durch Entsagungen aller Art bedingt war, sollte der Schwung und die Energie seines Geistes die glänzendste Probe bestehen. Seuffert bestritt fortwährend die Hauptarbeit der Herausgabe und die theilweise Abfassung der Blätter für Rechtsanwendung, welche seit dem Jahre 1846 regelmäßig noch durch Beigabe von Ergänzungsblättern eine Erweiterung erhielten. Er bearbeitete neue Auflagen seines Pandektenrechts (1847, 1852) und nahm Theil an der Revision des Commentars zur Gerichtsordnung*). Er gründete sodann im Jahre 1847 ein neues wich-

*) 2. Aufl. Erster Band unter Mitwirkung von Carl Brater 1853; zweiter

Digitized by Google

tiges Werk, das Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, von welchem seither jährlich ein Band erschienen ist. Zu diesem für die Fortbildung des gemeinen deutschen Rechts ungemein ersprießlichen Unternehmen fand sich Seuffert angeregt durch die Erwägung, daß die Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis, die Bereicherung, Erfrischung und Veranschaulichung der Theorie durch umfassende Beachtung der Ergebnisse der Rechtsanwendung in diesem Jahrhundert mit der historischen und systematischen Bearbeitung des Rechts nichts weniger als gleichen Schritt gehalten, daß vielmehr in der Beachtung der Praxis und ihrer Ergebnisse die Doctrin vergangener Epochen weit voranstehe. In diese Lücke sollte das neue Archiv eintreten; in dem Archiv sollten die Entscheidungen der sämmtlichen obern Gerichtshöfe Deutschlands so weit mitgetheilt werden, als sie auf dem Boden des gemeinen Rechts stehen, soweit sie gemeinrechtliche Rechtsbegriffe ausprägen und ein im ganzen Umfange deutschen Rechtslebens und deutscher Rechtsanschauung geltendes jus gentium darstellen*). Die kräftige Unterstützung, welche dem Unternehmen fast von allen bedeutenden obersten deutschen Gerichtshöfen angedeihen ist, und die äußerst günstige Aufnahme, welche dasselbe von Seite der Praxis wie der Theorie gefunden hat, gewährt eine hinlängliche Bürgschaft, daß dasselbe einem wahren Bedürfnisse der deutschen Rechtspflege entgegengekommen ist, und daß Seuffert in der Auswahl und Redaction der Mittheilungen seine Aufgabe in rechtem Geiste zu lösen wußte. —

Als die Bewegung der Jahre 1848 und 1849 eine Richtung annahm, welche die theuersten Besitzthümer gefährdete und in Frage stellte, ließ sich Seuffert durch keine Rücksicht auf seine Gesundheitsumstände abhalten, auf den Kampfplatz zu treten und in Rede und Schrift das Gewicht seines Namens für die Sache des Rechts und der Ordnung einzusetzen. Das überlegene Wort des hochgeachteten Mannes, dessen warme Liebe zum Vaterland und dessen lautere Begeisterung für den besonnenen und gesetzmäßigen Fortschritt über jeden Zweifel erhaben war, hat damals auch in weiteren

---

und dritter Band, unter Mitwirkung von Dr. J. J. Lauck, 1854 und 1855; vierter Band, 1. Lieferung 1856, 2. Lief. 1857.

*). S. die Vorrede zu dem 1. Bd. des Archivs.

Digitized by Google

Kreisen vielfach beigetragen, die Ansichten zu klären, die Urtheile zu berichtigen und die Leidenschaften zu beruhigen.

Seuffert zog sich indeß bald wieder auf das Gebiet seiner streng juristischen Arbeiten zurück und erhielt im Jahre 1851 eine ehrenvolle Anerkennung seiner vielfachen Verdienste durch die Verleihung des Civilverdienstordens der bayerischen Krone. Seine sich gleichbleibende geistige Thätigkeit und seine unverbrüchliche Diät ließ in seiner Familie und in den Freunden die Hoffnung aufkommen, daß ihm ein höheres Alter beschieden sey. Diese Hoffnung sollte nicht in Erfüllung gehen. Im Sommer 1856 trat eine merkliche Abnahme der Kräfte ein. Bald nachdem er noch die Freude der Anstellung seines ältesten Sohnes August, welcher ihm in den letzteren Jahren als treuer Gehülfe zur Seite gestanden war, erlebt hatte, warf ihn eine Erkältung im Frühjahre 1857 auf das Krankenlager, von welchem er sich nicht wieder erheben sollte. Er entschlief sanft bei dem letzten Strahle der sinkenden Abendsonne am 8 Mai.

In Seufferts Hingang — darüber sind alle einig — haben wir den Verlust einer juristischen Größe ersten Ranges zu betrauern.

Suchen wir uns die Hauptzüge seiner juristischen Persönlichkeit zu vergegenwärtigen, so besaß Seuffert vor allem ein angeborenes juristisches Genie und eine seltene Schärfe und Sicherheit des juristischen Blickes, welche ihn überall rasch und leicht den Kern der Frage erkennen ließ, und zugleich jenes plastische Vermögen, jene gestaltende Kraft, welche jeden Stoff unter seiner Hand Seele und Leben gewinnen ließ. Hiezu kam eine seltene Herrschaft über den gesammten Rechtsstoff, die Frucht ununterbrochenen Studiums und Nachdenkens; Seuffert war in allen Disciplinen des Rechts zu Hause, er übersah jede Frage nach ihrem ganzen Zusammenhang, und wußte so allen seinen Arbeiten eine entsprechende Abrundung zu geben. — Ein Meister in der Kunst, mit juristischen Begriffen zu rechnen, war er zugleich weit entfernt, in der Jurisprudenz nur ein System logischer Formeln und abstracter Gedankenschemen zu erblicken. Vielmehr war Seufferts Natur — und darin liegt ein weiterer Charakterzug — nichts so sehr zuwider als der todte Formalismus in der Anwendung wie in der theoretischen Behandlung des Rechts, als jenes ex vinculis sermocinari, welches den Juristen so oft mit Recht zum Vorwurfe gemacht wird. Die Begriffe und Institute des Rechts waren ihm durchaus lebendige Realitäten, er sah in jeder

Digitized by Google

Rechtsfrage eine Angelegenheit des socialen und sittlichen Lebens. Demgemäß ging die juristische Operation seines Geistes immer aus von der praktischen Anschauung des Lebens und seiner Bedürfnisse, von jenem jus gentium, welches auf der gesunden sittlichen Anschauung und den Forderungen des einfachen allgemeinen Rechtsbewußtseyns beruht. Diese Lebendigkeit der Auffassung hat allen auch in der Form trefflichen Arbeiten Seufferts eine anziehende Frische und Wärme mitgetheilt, sowie sie auch seine ganze mit Vorliebe der Bearbeitung praktisch eingreifender Stoffe zugewandte wissenschaftliche Richtung erklärt. Seuffert wollte in allem, was er leistete und unternahm, der Sache der Wahrheit und Gerechtigkeit dienen und wahrhaft nützen; pane egeo, liba recuso war sein Wahlspruch.

Die Jurisprudenz war aber Seuffert nicht bloß Verstandessache, sie hatte bei ihm eine tiefe sittliche Grundlage und wurzelte in einer angeborenen Liebe und Begeisterung für die Wahrheit und Gerechtigkeit. Die Rechtswissenschaft war ihm wahrhaft die ars boni et aequi, justi atque injusti scientia, und in diesem Sinne war ihr sein Priesterthum geweiht. Ohne der Autorität des gegebenen Rechts zu nahe zu treten, ging sein Bestreben immer dahin, mit den dem Juristen gestatteten Hülfsmitteln der Auslegung, der analogen Anwendung und der Combination den Sätzen des positiven Rechts einen der höhern Idee des Rechts, der Billigkeit und der Humanität entsprechenden Sinn und Gehalt abzugewinnen.

Die bezeichneten Eigenschaften, welche das Gepräge Seufferts als Rechtsgelehrten ausmachen, wurzelten zum Theil in allgemeineren Tugenden seines Geistes und Gemüthes, welche noch kurz anzudeuten sind, soll das Bild des Verewigten nicht an wesentlicher Unvollständigkeit leiden. Wer Seuffert näher kannte, wird mit uns übereinstimmen, wenn wir einen hohen Adel der Gesinnung, eine lautere uneigennützige Begeisterung für alles Edle und Gute, eine ächte Humanität, und über das alles eine tiefe Religiosität als sein innerstes eigenthümliches Wesen bezeichnen. An Seuffert war jeder Zoll ein Ehrenmann im vollsten Sinne des Worts, in allen seinen Handlungen folgte er nur der Richtschnur der Pflicht und Ehre. Es glühte in ihm ein edles Feuer für alles Schöne und Große, und spiegelte sich in dem seelenvollen Blicke seines Auges, wenn im Gespräch sein Gemüth angeregt wurde. Jederzeit bereit, aus der reichen Fülle seines Wissens andern mitzutheilen, hat er sein Wohl-

Digitized by Google

wollen namentlich auch jüngeren aufſtrebenden Kräften gerne zugewendet, wie er denn überhaupt das mit allen bedeutenden Perſönlichkeiten gemein hatte, daß er auch auf die Thätigkeit Anderer vielfach anregend gewirkt hat. — Was ihm endlich die Kraft gegeben, aus ſo mancher harten Prüfung ſiegreich hervorzugehen und während langer Jahre körperlichen Leidens die Heiterkeit und den Gleichmuth des Geiſtes zu bewahren, war nicht allein die angeborene Stärke ſeines Geiſtes, nicht allein jene Lebensweisheit, deren Blüthen er ſo gern in dem Gewande der Poeſie mittheilte — es war noch etwas tieferes und mächtigeres in ihm, was für die, welche den ſeltenen Mann kannten, keiner weiteren Andeutung bedarf. —

Seufferts Tod hat nach vielen Seiten hin Lücken gelaſſen, welche ſchwer oder gar nicht auszufüllen ſind. Möge ſein Andenken lange ſegensreich unter uns fortwirken!

D.

Digitized by Google

IX.

Zur Lehre von den juristischen Personen.

Wie die Lehre von den juristischen Personen überhaupt, so verdankt auch die Lehre von den Corporationen erst neueren Untersuchungen ihre schärfere Auffassung. Aber auch in dieser gereinigteren Gestalt leidet die Darstellung der Corporationen, wie mir scheint, noch an gar manchen Unrichtigkeiten. Man hat aus dem römischen Recht Grundsätze ableiten zu können geglaubt, welche sich in demselben entweder gar nicht oder doch nicht in der Allgemeinheit finden, wie sie gewöhnlich hingestellt werden. In letzterer Beziehung sind Irrthümer dadurch entstanden, daß man dasjenige, was nach römischem Rechte nur für eine gewisse Classe von Corporationen gilt, generalisirend auf alle Corporationen übertrug und ihm statt einer bloß relativen Bedeutung eine absolute Geltung beilegte. Dieser Umstand, sowie die in ungerechtfertigt schroffer Weise durchgeführte Gegenüberstellung der Corporationen und der einfachen Gesellschaften (societas privata, l. 59 pr. D. pro socio) hat dahin geführt, daß man zwischen universitas und societas Mittelgebilde aufstellte, in welchen die durch den modernen Associationstrieb so zahlreich hervorgerufenen Vereine ihren typischen Ausdruck finden sollten, da diese es in der That nicht vertragen, unter jene Ausprägung der juristischen Personen gebracht zu werden, welche man gewöhnlich als die absolut nothwendige und einzig mögliche ansieht. So hat man denn bald in Genossenschaften, bald in Collectivgesellschaften mit formeller Einheit, bald in modificirten einfachen Gesellschaften das Heil zu finden gehofft,

Digitized by Google

welches doch nur in der richtigen Auffaſſung der Corporationen angetroffen werden kann. Gelingt es, gewiſſe Regeln als irrige oder doch als zu allgemeine darzuſtellen und nachzuweiſen, daß auch die Corporationen unter einander einer verſchiedenen rechtlichen Behandlung fähig ſind, ohne daß dadurch der Charakter der juriſtiſchen Perſönlichkeit aufgegeben wird, ſo dürften die Gründe beſeitigt ſeyn, aus denen man ſich bisher geſträubt hat, die modernen Vereine, wie Leſe- und Erholungsgeſellſchaften, Clubs, Reſſourcen, Caſinos, Leihcaſſen, Verſicherungs- und Verſorgungsanſtalten, insbeſondere aber Actiengeſellſchaften als juriſtiſche Perſonen anzuſehen.

I.

Was die Entſtehung der Corporationen betrifft, ſo bedarf es bekanntlich einer Rechtsvorſchrift, welche dem Perſonenverein den Charakter der Perſönlichkeit beilegt. Dieſe Vorſchrift kann ein allgemeiner Rechtsſatz ſeyn, welcher ein für allemal beſtimmt, daß ein Perſonenverein unter gewiſſen Vorausſetzungen als juriſtiſche Perſon angeſehen werden ſolle, oder eine ſpecielle Conceſſion (constitutio personalis), durch welche einem beſtimmten Verein Corporationsqualität verliehen wird. Ueber das Verhältniß dieſer beiden Formen, ob das Beſtehen eines allgemeinen Rechtsſatzes oder die Ertheilung einer ſpeciellen Conceſſion der naturgemäße und regelmäßige Fall ſey, ſind die Anſichten getheilt. Es fehlt nicht an Juriſten (z. B. Mühlenbruch in der Fortſetzung zu Glück's Commentar, Band XL. S. 5 fg.; Pfeifer, die Lehre von den juriſtiſchen Perſonen §. 15; Kierulff, Theorie S. 132 fg.), welche die Ertheilung einer ſpeciellen Conceſſion als den einzigen oder doch als den normalen Fall anſehen. In dieſer Beziehung hat Puchta (Rechtslex. III. S. 68.; vgl. Vorleſungen I. §. 28) in treffender Weiſe bemerkt: „es ſey dieß ebenſowenig richtig, als wenn jemand ſich vorſtellte, bei der Entſtehung einer natürlichen Perſon ſey es eigentlich das Naturgemäße, daß bei jedem neuen Menſchen die Geburt erſt angezeigt und eine obrigkeitliche Declaration ſeiner als Perſon nachgeſucht werde.“ Das naturgemäße Verhältniß iſt alſo vielmehr umgekehrt dieß, daß ſchon im voraus durch einen allgemeinen Rechtsſatz die juriſtiſche Perſönlichkeit ſolcher unkörperlicher Subjecte anerkannt wird (Böcking, Pandekt. §. 63 Note 1), ſo

Digitized by Google

daß mit der Bildung eines Perſonenvereins mit corporativer Tendenz oder mit der Exiſtenz eines Stiftungsvermögens die juriſtiſche Perſon eben ſo ohne weiteres vorhanden iſt, wie der Nachlaß jedes Verſtorbenen personae vice fungitur, ohne daß der Staat in jedem concreten Fall dem Nachlaß erſt die ſpecielle Bewilligung hiezu zu ertheilen braucht. „Als Regel iſt alſo zu betrachten, daß die Entſtehung der juriſtiſchen Perſon derjenigen der natürlichen analog iſt, wornach das Erforderniß einer beſondern Conceſſion als die Ausnahme erſcheint.“ Es kann ſich ſomit nur darum handeln, ob bei Corporationen dieſe Ausnahme eintritt und bei welchen. Hierüber nun gehen, ſchon was das römiſche Recht anbetrifft, die Anſichten der Schriftſteller auseinander.

Den Ausgangspunkt bilden die von den collegiis licitis handelnden Stellen l. 1. pr. D. quod cuj. univ. (3, 4) l. 1. 2. 3. D. de collegiis et corp. (47, 22). Savigny (Syſtem II. S. 258) bemerkt über die in dieſen Stellen ausgeſprochenen Regeln, daß ſie „einen doppelten Sinn hätten, der nur in den Worten nicht deutlich unterſchieden würde: erſtlich, daß überhaupt ein Verein nicht ohne öffentliche Genehmigung zur juriſtiſchen Perſon werde, und dieſer auch in dem heutigen Recht beſtehende wichtige Rechtsſatz ſey ganz unabhängig vom unſchuldigen oder bedenklichen Charakter des Vereins; zweitens daß ungenehmigte Vereine verboten und ſtrafbar ſeyen.“ Puchta (R. L. III., S. 76. 77. Inſtit. II., S. 294. 295) dagegen und ebenſo Göſchen (Vorleſ. I. S. 204) und Mommſen De collegiis et sodaliciis Romanorum (1843) §. 17 meinen, es habe der allgemeine Rechtsſatz beſtanden, daß collegia licita juriſtiſche Perſonen ſeyen. Von dieſen beiden Anſichten iſt gewiß die zweite die richtige; der doppelte Sinn, der nur in den Worten nicht deutlich unterſchieden ſeyn ſoll, iſt wohl vielmehr gar nicht vorhanden. Die collegia, um welche es ſich in jenen Stellen handelt, waren, wie neuere Unterſuchungen herausgeſtellt haben (Dirkſen, Civil. Abhandl. II., S. 34 fg. Savigny II., §. 88. Mommſen §. 5 sq.), urſprünglich geſellige Vereine zu gemeinſchaftlichem Mahl und Gottesdienſt, welche ſpäter in politiſche Clubs umſchlugen, die den Mittelpunkt ſtaatsgefährlicher Umtriebe bildeten. Solche Vereine wurden daher Gegenſtand beſonderer ſtaatspolizeilicher Vorkehrungen; ſie ſollten ohne beſondere Erlaubniß des Princeps oder des Senats nicht geſtattet

Digitized by Google

ſeyn, und dieſe Erlaubniß wurde nicht leicht noch oft ertheilt; die unerlaubte Bildung ſolcher Vereine wurde als Vergehen geſtraft (l. 3. §. 1. D. de collegiis et corp.), die gleichzeitige Theilnahme an mehreren erlaubten Vereinen ward verpönt (l. 1. §. 2 D. eod.), die beſtehenden Vereine wurden ſtreng überwacht, und es war die Aufgabe gewiſſer Beamten dafür zu ſorgen, daß nicht collegia illicita aufkämen (Dirkſen S. 42 fg., 76 fg.). Außer dieſer rein polizeilichen Confirmation eines Vereines findet ſich nirgends auch nur die Andeutung des andern Satzes, daß dem collegium licitum noch erſt die juriſtiſche Perſönlichkeit von Staatswegen verliehen werden müſſe, um als Corporation zu exiſtiren. Jene Vereine hatten ſchon lange bevor ſie Gegenſtand polizeilicher Maßregeln wurden, die Rechte juriſtiſcher Perſonen (Mommſen p. 40, 119); aufgelöst wurden nur jene Vereine, welche titulo collegii novi ad nullius non facinoris societatem coibant (Sueton. in Octav. c. 32). Die collegia antiqua et legitima blieben beſtehen und behielten ihre alte rechtliche Stellung. Die Veränderung betraf alſo nur die Frage des Erlaubt- und Unerlaubtſeyns des Beſtandes eines Vereins, nicht aber die Frage, ob der zu Recht beſtehende Verein „die Rechte einer juriſtiſchen Perſon“ habe oder nicht. In der l. 1. pr. D. quod cujusc. univ. (3, 4) wird weder im vorhinein gewiſſen künftig ſich bildenden Verbindungen Corporationsqualität zugeſtanden (wie Mühlenbruch in der Fortſetzung zu Glücks Commentar Bd. XL. S. 9 meint), noch wird darin die Nothwendigkeit ſpecieller Conceſſion zur Conſtituirung eines Vereines als Corporation ausgeſprochen (wie Pfeifer §. 15 will), ſondern es wird geſagt, daß nur gewiſſe Vereine polizeilich geſtattet ſeyen (coire licet), daß es alſo nicht beliebig freiſtehe, Vereine zu bilden cf. l. 1. pr. §. 1. l. 3 §. 1 D. de colleg. et corp. illic. (47, 22). Die erlaubten Vereine aber haben ohne weiteres die „Rechte einer juriſtiſchen Perſon“; ihnen iſt es eigen ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem (l. 1 §. 1 D. quod cujusc. univ.), und ſie können ohne Zweifel mit einem Legat bedacht werden — nulla dubitatio est, quod corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur l. 20 D. de reb. dub. 34, 5 (cf. Gai. II. 238; eine Stelle, deren Gewicht Pfeifer §. 13 durch die gezwungenſte Interpretation zu beſeitigen ſucht).

Digitized by Google

So iſt wohl die von Puchta (Göſchen und Mommſen) aufgeſtellte Anſicht die richtige, daß alle collegia licita, ohne erſt im concreten Fall einer ſpeciellen Ertheilung zu bedürfen, juriſtiſche Perſönlichkeit hatten. Dagegen irrt Puchta, wie ich glaube, in einer andern Richtung. Er unterſcheidet (R. L. III. S. 76, vgl. Vorleſ. I. §. 28) zwiſchen öffentlichen und Privatcorporationen, und rechnet zu jenen ſolche Vereine, deren Zweck zwar nicht mit dem Staatszweck zuſammenfällt, welche aber durch ihr Beſtehen jenen unmittelbar oder mittelbar unterſtützen (Vorleſ. §. 26), während ſolche Vereine, welche für Zwecke beſtehen, die zunächſt und unmittelbar bloß privater Art ſind, Privatcorporationen ſind, wenn auch mittelbar die Thätigkeit einer ſolchen Verbindung das öffentliche Intereſſe berühren mag. Die Römer ſollen die erſte Claſſe collegia, die letztere societates genannt haben. Dieſe beiden Claſſen ſollen ſich in Beziehung auf die Erwerbung der juriſtiſchen Perſönlichkeit unterſcheiden; für die öffentlichen Corporationen ſoll ein allgemeiner Rechtsſatz beſtehen, welcher die juriſtiſche Perſönlichkeit neuer Verbindungen dieſer Art anerkennt; die Privatcorporationen dagegen ſollen in jedem einzelnen Falle einer ſpeciellen Conceſſion der Perſönlichkeit bedürfen. Dieß, daß „eine Privatcorporation nur mit Staatsgenehmigung entſtehen könne, daß es keine Rechtsbeſtimmung gebe, welche irgend einer Art von Vereinen ſchon zum voraus die Befugniß ſich zur Corporation zu bilden zuſichere", iſt die herrſchende Anſicht (vgl. Sintenis Civilr. I. S. 111 fg. und die bei Pfeifer §. 15 Angeführten), ſo daß man den Streit in dieſer Beziehung, wenngleich nicht für die Stiftungen, ſo doch für die Privatcorporationen als abgemacht betrachtet (Pfeifer S. 38). Die modernen Vereine zu geſelligen, religiöſen, literariſchen, künſtleriſchen und beſonders Erwerbszwecken wären dann natürlich alle, dafern ſie nicht die ſpecielle von der polizeilichen Confirmation wohl zu unterſcheidende Conceſſion juriſtiſcher Perſönlichkeit erlangt haben, nicht als Corporationen anzuſehen; ja Mühlenbruch (in der Fortſetzung Bd. XXXIX. S. 436. 437) meint ſogar, daß „wenn man auch das eine und das anderemal behauptet habe, die Privatvereine für geſellige oder bildende Zwecke ſeyen juriſtiſche Perſonen, dieß doch nur in Parteiſchriften oder in ſolchen Aufſätzen geſchehen ſey, die den Charakter von Parteiſchriften haben, und daß es zur Widerlegung faſt genügen dürfte auf

Digitized by Google

die gemeine Lebenserfahrung hinzuweisen." Dennoch dürfte diese Ansicht (welche ich noch in meinem System des österr. Privatr. I. §. 42. 43 theilte) unrichtig seyn. Aus dem römischen Recht läßt sie sich nicht ableiten. Denn zu den collegiis, in Ansehung deren der allgemeine Rechtssatz galt, daß sie, dafern sie nur licita sind, juristische Persönlichkeit haben, gehören ja vorzugsweise die sodalitia: diese collegia kann man aber doch ebensowenig als öffentliche Corporationen ansehen, als die societates publicanorum, aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum. In der Abhandlung über Corporationen im Rechtslexikon rechnet denn auch Puchta die societates publicae ausdrücklich zu den Privatcorporationen (S. 77), während er sie in den Institutionen (II. S. 294) und in den Vorlesungen (I. S. 62) zu den öffentlichen Corporationen stellt. So wenig sich nun die letztere Stellung rechtfertigen läßt, so wenig geht es an, aus ein und derselben Stelle (l. 1 pr. D. quod cujusc. univ.) für die societates publicae abzuleiten, daß sie einer speciellen Ertheilung der Corporationsqualität bedürften, wenn man zugibt, daß die fragliche Stelle für die collegia et corpora dieses Erforderniß nicht ausspricht. Die Stelle sagt nur, daß es auch nicht frei stehe nach Belieben eine corporative Erwerbsgesellschaft zu bilden, sondern daß es zur Constituirung derselben einer staatspolizeilichen Genehmigung bedürfe (Mommsen §. 12), nicht aber daß gewisse gewerbliche Unternehmungen durch besondere Verleihung „die Rechte der Corporationen" erhielten, wie Savigny (II. S. 255) meint. So scheint denn das römische Recht die specielle Ertheilung der Corporationsqualität („der Rechte einer juristischen Person") gar nicht zu kennen, sondern auch für Privatcorporationen der allgemeine Rechtssatz bestanden zu haben, daß mit dem erlaubten Vorhandenseyn ihres Substrates die juristische Persönlichkeit von selbst vorhanden ist. Sollte aber auch das römische Recht den Satz enthalten, daß eine Gesellschaft, welche nicht zu den öffentlichen Anstalten gehört, einer speciellen Verleihung der juristischen Persönlichkeit bedürfe um Corporationsqualität zu haben, so ist doch dieser Satz, der ohnehin, wie allgemein zugegeben wird (vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung Bd. XL. S. 6, Sintenis Civilr. I. §. 15 Note 20), zunächst dem jus publicum angehört, in Deutschland niemals recipirt worden. Die älteren Schriftsteller verlangen nur, daß der Verein ein polizeilich

Digitized by Google

gebilligter, ein erlaubter ſey, ohne an das Erforderniß einer ſpeciellen Conceſſion der juriſtiſchen Perſönlichkeit durch den Staat zu denken (vgl. Glück Commentar Bd. II. S. 62, Thibaut in der 1. bis 7. Aufl. des Syſtems; vgl. auch §. 26 des öſterr. Geſetzb.), was auch um ſo weniger möglich war, als die ältere Doctrin dem Begriff der juriſtiſchen Perſon eine maßloſe Ausdehnung gab und jede erlaubte Geſellſchaft, ja ſelbſt jede Gemeinſchaft als eine „moraliſche Perſon“ anſah (mein Syſtem des öſterr. Privatr. I. S. 319 fg.). In dem Mittelalter und in der neueren Zeit ſind juriſtiſche Perſonen in großer Anzahl rechtsbeſtändig entſtanden, ohne daß von einer ſtaatlichen Autoriſation die Rede war, ja im Mittelalter bei dem Zuſtand der öffentlichen Gewalt auch nur die Rede ſeyn konnte. Erſt in neuerer Zeit, ſeitdem manche Juriſten (z. B. Mühlenbruch Bd. XXXIX. S. 437) den nicht ausdrücklich conceſſionirten Vereinen die persona standi in judicio abſprachen, iſt man um beſondere Verleihung „der Rechte einer juriſtiſchen Perſon“ eingeſchritten, um dieſer möglichen Einwendung vorzubeugen und der Geſellſchaft die äußere Anerkennung ihrer corporativen Qualität ein für allemal zu ſichern (vergl. Reyſcher in der Zeitſchrift für deutſches Recht Bd. XIII. Nr. XI. §. 2).

Für unſer heutiges Recht beſteht ſomit wohl der allgemeine Rechtsſatz, daß die Corporationen, öffentliche wie private, gleich den natürlichen Perſonen entſtehen, daß es alſo einer beſondern Conceſſion der juriſtiſchen Perſönlichkeit nur bedarf, wenn die Landesgeſetzgebung (wie z. B. das preußiſche A. L. R. II. 6 oder das engliſche Recht) dieß ausdrücklich vorſchreibt (vgl. Schüler in Ortloffs, Heimbach's, Schüler's und Guyet's Abhandlungen Bd. I. Nr. V. §. 8). Einen ſolchen die juriſtiſche Perſönlichkeit anerkennenden allgemeinen Rechtsſatz muß es aber allerdings geben, wenn die fragliche Geſellſchaft als eine corporative gelten ſoll, ebenſo wie es für die Anerkennung jedes Menſchen als Perſon im heutigen Recht einen allgemeinen Rechtsſatz gibt. Hierin gehen manche neuere Schriftſteller (z. B. Reyſcher S. 400) zu weit, wenn ſie meinen, es bedürfe zur Anerkennung der modernen Vereine, insbeſondere der Actiengeſellſchaften als Corporationen weder eines individuellen noch eines allgemeinen Geſetzes, ſondern es genüge der Wille der Vereinsglieder eine Corporation zu bilden; denn es handelt ſich ja eben darum, ob dieſer Wille der Mitglieder vom Recht anerkannt

Digitized by Google

werde und rechtlich die beabſichtigte Wirkung haben könne oder nicht. Die nächſte Frage iſt wohl nun die, wo denn jener behauptete allgemeine Rechtsſatz ausgeſprochen ſey? Man könnte hierauf mit der Frage antworten, wo denn das geſchriebene Recht ausdrücklich beſtimme, daß öffentliche Corporationen überhaupt (nicht bloß Municipien, l. 25. D. ad municip. 50. 1.) einer beſonderen Conceſſion zur Erwerbung der Qualität einer juriſtiſchen Perſon nicht bedürfen, oder daß Stiftungen und gar die phyſiſchen Perſonen nicht in jedem Fall eine ſpecielle Ertheilung der Perſönlichkeit benöthigen? Es läßt ſich aber, wie ich glaube, auf jene Frage eine befriedigendere Antwort geben. Das Recht braucht den Satz, daß gewiſſe Vereine Corporationsqualität haben, nicht unmittelbar auszuſprechen, es kann dieſen Satz dadurch auch indirect ausſprechen, daß es für ſolche Vereine eine rechtliche Behandlung eintreten läßt, wie ſie nur dann ſtattfinden kann, wenn ein Verein ſelbſtändige Perſönlichkeit hat. Hat eine Geſellſchaft als ſolche ſelbſtändig Rechte und Pflichten, erſcheint der Verein als ſolcher als Eigenthümer und dinglich Berechtigter, als Gläubiger und Schuldner, als Kläger und Beklagter, kommen bei ſolchen Vereinen und Geſellſchaften Regeln zur Anwendung, wie ſie die l. 7. §. 1 D. quod cujusc. univ., die l. 1. §. 1. D. eod. und l. 31. D. de furtis 47. 2., die l. 3. §. 4. D. de B. P. 37. 1. u. a. enthalten, ſo hat das Recht die ſelbſtändige Perſönlichkeit ſolcher Vereine hiemit ſchon anerkannt, und es iſt nur Aufgabe der Jurisprudenz, die rechtlichen Geſtaltungen eines ſolchen Vereines auf das leitende Princip zurückzuführen, und von der Peripherie, welche das Recht gezogen hat, zum Mittelpunkte vordringend den Satz auszuſprechen, daß ein ſolcher Verein personae vice fungitur (l. 22. D. de fidejuss. 46. 1). Stellt ſich die juriſtiſche Perſönlichkeit als die begrifflich nothwendige Eigenſchaft eines Vereines dar, ſo iſt mit der rechtlich anerkannten Exiſtenz eines ſolchen Vereines auch ſchon implicite ſeine Corporationsqualität geſetzt und anerkannt. Die juriſtiſche Perſönlichkeit ſolcher Vereine negiren, heißt ſie ſelbſt negiren, da ſie nur als Corporationen rechtlich gedacht werden können. Das Erforderniß einer ſpeciellen Verleihung der Perſönlichkeit ſtatuiren, heißt ſolche Vereine bis dahin als einfache Societäten erklären, in welchem Fall dann alle von dieſen geltenden Grundſätze auf jene angewendet werden müßten, da es weder ein Mittelding zwiſchen universitas und

Digitized by Google

societas, noch modificirte Societäten gibt (unten Nr. IV.). Daher erklärt denn auch das preußische Landrecht (II. 6 §. 14) consequent, daß solche Gesellschaften, so lange sie nicht Corporationsqualität speciell erlangt haben, „im Verhältniß gegen andere nach außen keine moralische Person vorstellen und daher auch als solche weder Grundstücke noch Capitalien auf den Namen der Gesellschaft erwerben können," und bestimmt das preußische Gesetz über Actiengesellschaften vom 9 November 1843, daß Actiengesellschaften schon durch die landesherrliche Genehmigung die Eigenschaft juristischer Personen und insbesondere das Recht, Grundstücke und Capitalien auf ihren Namen zu erwerben und in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, erlangen (§. 8). Wenn also Gerber anerkennt, daß die modernen Vereine zu geselligen u. s. f. Zwecken sich sehr wohl zu Corporationen eignen, und ihnen dennoch diesen Charakter abspricht, weil „es keinen Rechtssatz gibt, der ihnen diese Eigenschaft von selbst beilegt" (System §. 49 Note 6), so verkennt er, daß es Sache der construirenden Jurisprudenz ist, solchen Vereinen diese Eigenschaft ausdrücklich zuzuerkennen und für das vom Recht anerkannte Wesen den Namen auszusprechen, eine Aufgabe, welche die Jurisprudenz lösen muß, wenn sie sich nicht dem von Mommsen (l. c. pag. 119) gemachten Vorwurf aussetzen will.

Ein doppelter Irrthum hat dazu beigetragen, in Ansehung von Privatcorporationen die specielle staatliche Ertheilung der juristischen Persönlichkeit für nöthig zu halten. Man spricht nämlich häufig von „Rechten einer juristischen Person", „von Corporationsrechten." Dieß hat zu der Ansicht geführt, es handle sich hier um Verleihung von beneficiis, um Ertheilung von Privilegien, welche ausnahmsweise einer begünstigten Gesellschaft beigelegt würden, in welchem Fall dann allerdings specielle Verleihung erforderlich wäre. In der That aber handelt es sich nur um eine rechtliche Qualität, darum ob ein Verein ein selbständiges Rechtssubject sey, nicht darum daß er besondere Rechtswohlthaten genieße, daher man auch nicht von Verleihung von Corporationsrechten, sondern nur von Anerkennung der Corporationsqualität sprechen sollte (vgl. Schüler in der angeführten Abhandlung S. 257. 258). Gerade umgekehrt scheuen sich Andere, einen Verein ohne weiteres als Corporation anzusehen, weil sie davon Nachtheil für die Mitglieder des

Digitized by Google

Vereines beſorgen, deſſen Vermögen ihnen dadurch entzogen, einem ſie verdrängenden Subject beigelegt, ihrer Einwirkung entrückt werde und am Ende gar als bonum vacans an den Staat falle (ſo insbeſondere Pfeifer in der angeführten Schrift). Es wird ſich jedoch ſpäter zeigen, daß dieſe Beſorgniß eine ungegründete iſt und daß die Auffaſſung des Vereines als einer Corporation für die Mitglieder keinerlei materiellen Nachtheil nach ſich zieht, vielmehr ihnen nur Vortheile bringt.

So viel verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß ein Verein um als Corporation betrachtet zu werden, corporative Tendenz haben, das heißt als ſelbſtändiges von den einzelnen Mitgliedern verſchiedenes Rechtsſubject nach außen ſich geriren muß. Ob dieß der Fall ſey oder nicht, iſt eine quaestio facti, über deren Löſung in der Regel kein Zweifel herrſchen wird (vgl. Reyſcher S. 405 fg.). Die Frage der ſtaatlichen Genehmigung eines ſolchen Vereines iſt hierbei ganz irrelevant; nicht jeder erlaubte Verein iſt deßhalb ſchon eine Corporation, weil er ſtaatlich genehmigt iſt, und umgekehrt nicht jeder Verein bedarf ſtaatlicher Genehmigung, um als Corporation zu fungiren. So mag z. B. eine wechſelſeitige Verſicherungsgeſellſchaft der ſpeciellen polizeilichen Genehmigung zu ihrer Exiſtenz bedürfen, dennoch iſt ſie deßhalb allein noch keine Corporation, wenn die Mitglieder erſt bei wirklichen Unglücksfällen die erforderliche Entſchädigungsſumme zuſammenſchießen; dagegen iſt eine Actiengeſellſchaft immer eine juriſtiſche Perſon, mag ſie, wie dieß particularrechtlich häufig beſtimmt iſt, einer beſondern ſtaatlichen Genehmigung bedürfen, oder mag dieſe, wie es gemeinrechtlich der Fall iſt, nicht erforderlich ſeyn.

II.

Daß gleich dem einzelnen Menſchen (singularis persona) auch eine Geſammtheit von Menſchen, ein Perſonenverein, ſelbſtändige Perſönlichkeit haben, alſo als Rechtsſubject gelten könne (l. 9. §. 1. D. quod metus causa. 4. 2; l. 1. §. 7. D. de quaestion. 48. 18.), wird ſelbſt von denjenigen anerkannt, welche ſonſt der Annahme von juriſtiſchen Perſonen eben nicht hold ſind (Köppen, die Erbſchaft S. 90. 91), der Stiftung und der ruhenden Erbſchaft (alſo der universitas bonorum) den Charakter ſelbſtändiger Perſönlichkeit abſprechen und die Anwendung einer Fiction in der Wiſſen-

Digitized by Google

ſchaft einen Kniff nennen. Sind nun aber die juriſtiſchen Perſonen in der That fingirte Rechtsſubjecte? Oder iſt etwa zwiſchen fingirten und juriſtiſchen Perſonen zu unterſcheiden, und zwar nicht bloß in dem Sinn (wie Scheurl, Beiträge I. S. 7 flg. und Müller, Inſtitutionen §. 60 Note 2 es thun), daß jene eine Unterart von dieſen bilden (was ſich doch wohl nicht empfehlen läßt, Windſcheid in dieſer Zeitſchrift I. S. 190, Böcking, Pandecten I. §. 62 Note 16), ſondern ſo, daß beide Ausdrücke nicht Coordinirtes oder Subordinirtes, ſondern begrifflich Verſchiedenes bedeuten, wie Kuntze, Die Obligatio S. 377 fg. will? Kuntze meint, die ſo genannten juriſtiſchen Perſonen ſeyen ganz in demſelben Sinne Perſonen wie die leiblichen oder natürlichen; die Perſönlichkeit der erſteren ſey keineswegs eine fingirte, ſondern eine wirkliche, ganz in demſelben Maße wie diejenige der letzteren; lediglich in Anſehung des natürlichen Subſtrates, des thatſächlichen Trägers der Perſönlichkeit walte eine Verſchiedenheit ob, indem die juriſtiſchen Perſonen Perſonen ohne leibliche menſchliche Individualität ſeyen. So wenig die Anerkennung der Perſönlichkeit an leiblichen Individuen als eine Fiction gelten könne, ebenſowenig ſey Ertheilung der Perſönlichkeit an eine Anſtalt Fiction, da Fictionen ſich nur „auf dem Gebiet der reinen Thatſachen bewegen“ (? und die Fiction si heres esset, si anno possedisset, si civis romanus esset, si capite deminutus non esset?), Perſönlichkeit aber nicht eine Thatſache, ſondern „ein ideelles Phänomen, eine Rechtswirkung, eine Rechtsqualität ſey.“ (Iſt die Qualität eines Erben oder eines civis etwa nicht eine „Rechtsqualität“?) Nur die Perſönlichkeit der hereditas jacens laſſe ſich nicht ohne eine Fiction conſtruiren, welche darin beſtehe, daß der Erblaſſer als fortbeſtehend gedacht werde. Alle übrigen juriſtiſchen Perſonen dagegen ſollen unächte Fictionen ſeyn, „wie Irrlichter umherflatternde Pſeudofictionen, die den Wanderer blenden und in Sümpfe locken“ (S. 87 fg.). Der Grundirrthum dieſer Anſicht Kuntze's ſcheint mir in der Auffaſſung der Perſönlichkeit als Rechtsfähigkeit zu liegen. Die Perſönlichkeit iſt nicht Rechtsfähigkeit, ſondern die Rechtsfähigkeit iſt Perſönlichkeit. Die Perſönlichkeit iſt die Eigenſchaft eines Weſens einen Willen zu haben; einem Weſen, dem die Willensfähigkeit mangelt, ſprechen wir die Perſönlichkeit ab. Auf dem Rechtsgebiet erlangt der Begriff der Perſönlichkeit die nota specifica, daß der Wille des willensfähigen

Digitized by Google

Subjectes ein rechtlich anerkannter ſey; Perſönlichkeit iſt alſo auf dem Rechtsgebiete die Fähigkeit, einen rechtlichen Willen zu haben. Da nun alles Recht den Willen betrifft, Berechtigung Willensherrſchaft, Verbindlichkeit Willensunterworfenheit iſt, ſo tritt die Perſönlichkeit auf dem Rechtsgebiet als Rechtsfähigkeit auf, und die Rechtsfähigkeit iſt nichts anders als die vom Recht anerkannte Willensfähigkeit, Perſönlichkeit eines Weſens. Die Eigenſchaft aber eines Weſens Willen zu haben, iſt eine natürliche (nicht juriſtiſche) Qualität. Die Frage, ob ein Weſen willensfähig ſey oder nicht, iſt eine quaestio facti; Perſönlichkeit iſt mithin kein „ideales Phänomen," ſondern ein reales. Indem das Recht den Menſchen als Perſon behandelt, legt es ihm nicht erſt Perſönlichkeit, d. i. Willensfähigkeit bei, ſondern es erkennt deſſen vorhandene Perſönlichkeit nur an; wenn das Recht einen Menſchen nicht als Perſon behandelt, ſo legt es ihm nicht etwa bloß die Perſönlichkeit nur nicht bei, ſondern es entzieht ihm dieſelbe, erkennt die in der That vorhandene Willensfähigkeit und Willensſelbſtändigkeit auf dem Rechtsgebiet nicht an (servos quasi nec personam habentes [Nov. Theod. tit. 17], servi qui personam legibus non habent, ἀπρόσωποι). Legt nun das Recht einem Weſen, welchem die Willensfähigkeit fehlt, Rechtsfähigkeit bei, ſo nimmt es dort wo in der That Perſönlichkeit fehlt, dieſe als die unentbehrliche Grundlage der Rechtsfähigkeit künſtlich an; es behandelt ein willensunfähiges Subſtrat (cf. l. 1. §. 22. D. de acq. poss. l. un. §. 1. D. de lib. univ.) ſo als wäre es willensfähig, das heißt, es ſchafft (fingirt) eine Perſon, wo in der That keine vorhanden iſt. Alle juriſtiſchen Perſonen ſind alſo in der That fingirte (künſtlich geſchaffene) Perſonen, und die l. 22. D. de fidejuss. ſagt von der hereditas, daß ſie personae vice gerade ſo sicuti municipium et decuria et societas fungire (Savigny II. §. 85 Note h)*).

Nach dieſer Erwägung läßt ſich eine Frage mit Sicherheit löſen, welche wie mir ſcheint in der Regel eine unrichtige Beantwortung findet. Was iſt perſonificirt? Was iſt hier das Sub-

*) Kuntze ſcheint jedoch in neueſter Zeit (Lehre von den Inhaberpapieren S. 436) ſeine Anſicht über die Fictionen in Anſehung der juriſtiſchen Perſonen geändert zu haben.

Digitized by Google

ject der Rechte? Man ſagt in der Regel: der Zweck, die Idee. So ſagt Savigny (II. S. 244 Note b.): „Das wahre Subject der Rechte iſt der Zweck der Menſchenliebe, der an dieſem Orte auf beſtimmte Weiſe durch beſtimmte Mittel erreicht werden ſoll"; ebenſo Puchta Inſtitut. II. S. 291. 296: „der Zweck ſelbſt iſt gewiſſermaßen die Perſon, der die Güter zuſtehen"; deßgleichen Scheurl, Beiträge I. S. 5 fg.; Müller, Inſtitut. §. 60 und zum Theil auch Windſcheid in dieſer Zeitſchrift I. S. 190. Allein um des Zweckes willen findet zwar eine Perſonification ſtatt, nicht aber iſt es der Zweck, der perſonificirt wird, da „der Zweck ſtets etwas Objectives, ein zu Erreichendes, Erſtrebendes iſt und eine Subjectobjectivirung des Zwecks nicht angeht, da der Zweck ſich nicht ſelbſt verfolgt, ſich nicht ſelbſt erreicht" (mein Syſtem des öſterr. Privatr. I. §. 42 Note 7). Perſonificirt wird eben das Subſtrat der juriſtiſchen Perſon; der Perſonenverein, das Vermögen wird als Begriffsganzes zur idealen Perſon erhoben, mit ſelbſtändiger Perſönlichkeit bekleidet. Das Collegium, die Corporation als die ideale Einheit der Totalität ihrer Glieder iſt das Rechtsſubject, ebenſo wie die Stiftung, die ruhende Erbſchaft als begriffliche Einheit das Vermögensſubject iſt. Darum heißt es in den Quellen: municipium, societas personae vice fungitur, corpori legatur (l. 20. D. de reb. dub.), collegium hereditatem capere potest (l. 8. C. de hered. instituend.), servus reipublicae, corporis est u. ſ. f. und ebenſo von der hereditas jacens, daß ſie personae vice fungitur, domina est, dominae locum obtinet, dominae loco est, pro domino habetur. Ich trage daher kein Bedenken den Ausführungen Windſcheid's in dieſer Zeitſchrift I. S. 181 fg., wornach die Erbſchaft ſelbſt als das Subject der einzelnen zu ihm gehörigen Vermögensverhältniſſe anzuſehen ſey, beizutreten. Windſcheid verkennt in jenem Aufſatz nicht, daß es im Begriff des Vermögens liege, „daß die Vielheit der ſeinen Inhalt bildenden Rechte und Pflichten durch gemeinſame Beziehung auf Ein Subject zur künſtlichen Einheit werde;" wenn Windſcheid S. 186 behauptet, daß ein Vermögen, wie es beſtanden habe, fortbeſtehen, wie es zuſammengehalten habe, zuſammenhalten könne auch ohne neues Subject, lediglich durch die ſouveräne Kraft des Rechts, ſo will er in jenem Aufſatz hiemit nur ſagen, daß ein Vermögen auch ohne menſchliches Individuum als Subject, alſo

Digitized by Google

nur in dieſem Sinne ohne Subject beſtehen könne (vgl. S. 190; doch findet ſich freilich auch ſchon S. 191 die Aeußerung, daß es Berechtigungen gebe ohne ein berechtigtes Subject überhaupt). Windſcheid gibt ausdrücklich zu (S. 193), daß die Erbſchaft ebenſo ein menſchliches Individuum vorſtelle wie das Municipium und die Societas, und daß die hereditas jacens „auch dem römiſchen Recht als dasjenige erſcheine was wir eine juriſtiſche Perſon nennen"; „und ſo iſt uns denn allerdings die Erbſchaft eine juriſtiſche Perſon in derſelben Weiſe wie die Corporation und die Stiftung eine juriſtiſche Perſon iſt; denn auch hier thun wir nichts anderes als daß wir Vermögensverhältniſſen Beſtand und Einheit geben, ohne daß ſie an ein menſchliches Individuum geknüpft ſind." Zu weit aber ſcheint mir Windſcheid in dem Anhang zu ſeiner vielfach anregenden Schrift: „Die Actio des römiſchen Civilrechts" (S. 233 fg.) zu gehen, wenn er behauptet, Rechte und Verbindlichkeiten könnten ohne Subject überhaupt, alſo nicht bloß ohne leibliches (menſchliches), ſondern ſelbſt ohne künſtliches (juriſtiſches) Subject beſtehen. Die Argumentation aus der Succeſſionsmöglichkeit in ein Recht auf die Subjectloſigkeit desſelben ſcheint mir unzutreffend, die Behauptung, daß „weil dem Recht ein beſtimmtes Subject unweſentlich ſey um das zu ſeyn was es iſt, ihm ein Subject überhaupt nicht weſentlich ſey," unhaltbar. Der Schluß von der Irrelevanz der individuellen Beſchaffenheit eines Subjects auf die Entbehrlichkeit eines ſolchen überhaupt, von der Gleichgültigkeit der Qualität auf die Ueberflüſſigkeit des Vorhandenſeyns eines Subjects iſt unzuläſſig. Was würde man wohl zu folgendem Schluß ſagen: weil es gleichgültig iſt, von welchem Schauſpieler eine ganz unbedeutende Rolle geſprochen werde, ſo iſt dieſer Rolle ein Schauſpieler überhaupt nicht weſentlich? Ein Recht als Willensherrſchaft, eine Verbindlichkeit als Willensunterworfenheit iſt ohne einen Willen, der darf oder muß, alſo ohne ein wollendes Subject undenkbar; wo es ein Dürfen gibt, muß es auch ein Dürfendes geben, wo ein Müſſen, ein Müſſendes, wo ein Vermögen, ein Vermögendes. Das Recht, welches für ein hinterlaſſenes Vermögen ein künſtliches Subject ſchafft, wird nicht bloß von einem „naheliegenden Gefühl geleitet, welches für Rechte und Verbindlichkeiten, deren natürlicher Zuſtand das Beſtehen ohne berechtigtes und verpflichtetes Subject nicht iſt, ein tragendes Subject verlangt,"

Digitized by Google

sondern es erfüllt hiemit nur eine Forderung der juristischen Logik, da das Bestehen von Rechten und Verbindlichkeiten ohne ein berechtigtes und verpflichtetes Subject in der That ein unnatürlicher Zustand wäre. — Auch Köppen erklärt sich für die Subjectlosigkeit der ruhenden Erbschaft: „zu ihrem Ruhme kennt die römische Jurisprudenz die Fiction eines Subjectes für die Zeit der hereditas jacens nicht, weder die, welche die hereditas selbst subjectivirt, noch die, welche über und neben dieselbe ein Subject stellt" (S. 21). Köppen geht aber insofern noch um einen Schritt weiter als Windscheid, den dieser übrigens mit ihm nicht machen will (Windscheid, die Actio S. 238 Note 9), als er in den Ausprüchen der Quellen, daß die Erbschaft domina und defuncti loco sey, nur einen bildlichen Ausdruck sieht (S. 33 fg.): „Die Erbschaft vertritt nur bildlich die Stelle des dominus" (S. 75); der von den Erbschaftssachen gebrauchte Ausdruck res nullius „bezeichnet nicht Rechtlosigkeit derselben, sondern nur Herrenlosigkeit der Erbschaftsrechte" (S. 25 fg. 131). Uebrigens sieht auch Köppen den Grundsatz, daß Rechte ohne Subject nicht existiren können, als einen ebenso der römischen Jurisprudenz fremden (S. 29 fg.) als innerlich unbegründeten an. Seine Argumentation in letzterer Beziehung ist folgende (S. 9 fg. 164 fg.). Da das Wesen der Rechte nicht in factischer, sondern in ideeller Herrschaft besteht, so existirt das Recht nicht durch die perpetuelle Macht seines Subjects, sondern durch die Continuität der juristischen Thatsachen, an welche das positive Recht die Entstehung der Rechte knüpft. Die vererblichen Rechte bestehen nach dem Tode des Berechtigten als ein rein objectiver Begriff fort, indem sie ihr neues Subject erwarten; sie bestehen nach dem Tode ihres Subjects, ohne daß sie ihm oder mittlerweile einem andern Subject zustehen. Diese temporär subjectlose Existenz steht mit dem Begriff der Rechte nicht im Widerspruch, da nach diesem die Rechte nicht durch die Macht des Subjectes bestehen; der augenblickliche Mangel eines solchen kann daher nicht ein innerer Grund ihres Untergangs seyn, und durch den Tod wird also nur die Realisirung der rechtlichen Herrschaft suspendirt, nicht diese selbst aufgehoben. Schon aus dem Begriff des Rechtes überhaupt ergibt sich also der hergebrachte Rechtssatz nicht, welcher auch die nur vorübergehende Existenz von Rechten, die niemanden zustehen, ausschließt. „Der einstweilige Mangel des Sub-

Digitized by Google

jects hebt die juriſtiſchen Thatſachen, durch welche die Rechte entſtanden ſind, nicht auf" (S. 11. 12. 169); „die Exiſtenz der Rechte nach dem Untergang ihres Subjects beruht lediglich darauf daß durch den Tod die juriſtiſchen Thatſachen, durch welche ſie entſtanden ſind, nicht aufgehoben werden. Man kann daher ſagen, der Satz: Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sint durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt (l. 85. §. 1 D. de R. J.) enthält das Princip, auf das die ſelbſtändige Exiſtenz der Erbſchaftsrechte zurückgeführt werden muß." Der Irrthum in dieſer Argumentation liegt, wie mir ſcheint, offen zu Tage. Auch eine ideale Herrſchaft iſt doch immer eine Herrſchaft; eine Herrſchaft aber ohne ein Herrſchendes, ohne einen Herrn, iſt undenkbar. Der Unterſchied innerhalb der rechtlichen (ideellen) Herrſchaft, der dadurch hervorgerufen wird, daß eine phyſiſche Perſon vorhanden ſeyn muß, welche das Recht ausübt, kommt darin zur Anerkennung, daß der ruhenden Erbſchaft ein Uſusfructus nicht erworben werden kann, quia ususfructus sine persona esse non potest (l. 61 §. 1 D. de A. R. D.), während andere juriſtiſche Perſonen, welche beſtimmte phyſiſche Perſonen zu ihren regelmäßigen Vertretern haben, eines ſolchen allerdings fähig ſind (l. 56. D. de usufr. l. 8. D. de usu et usufr. legato)*). Es iſt zwar wahr, daß die Rechte nicht

*) Mit der Unfähigkeit der hereditas jacens zur Erwerbung eines Uſusfructus (l. 61 §. 1 de A. R. D.) verhält es ſich wohl folgendermaßen. Der Uſusfructus iſt ein Recht welches zu ſeinem Exiſtentwerden ein phyſiſches Individuum vorausſetzt, das frui et uti kann; l. 1 pr. D. quando dies usufr. (7, 3) usufructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo ejus, qui fruitur et utitur; l. 1 §. 2 eod. tunc enim constituitur usufructus, cum quis jam frui potest. Er gehört zu denjenigen Dingen, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur. Von ſolchen Dingen ſagt nun die l. 61 pr. D. de A. R. D.: Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur, ideoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. In his sane, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest (cf. l. 1 §. 15 D. Si is qui test.). Unmittelbar hieran (vgl. Köppen S. 40, 57) ſchließt ſich in §. 1 der Ausſpruch an: Usufructus qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur. In dieſer Stelle kann ſomit das sine persona nur von einer phyſiſchen Perſon verſtanden werden (vgl. Puchta Vorleſ. II. S. 318; dagegen

Digitized by Google

durch die Macht ihres Subjectes bestehen, das heißt, daß der bloße Wille des Subjectes ein Recht zu haben noch nicht ausreicht, um es wirklich zu haben, sondern daß sich solche Thatsachen verwirklicht haben müssen, an welche das objective Recht die Wirkung der Rechtsentstehung knüpft; aber folgt daraus, daß sie auch ohne die Macht eines Subjects bestehen können? Köppen's

---

aber freilich Ihering, Abhandl. S. 192. 229. 233), wie ja überhaupt persona der Ausdruck für menschliches Individuum ist (Windscheid in dieser Zeitschrift I. S. 192 fg.), und von den künstlichen Rechtssubjecten gesagt wird, daß sie vice personae funguntur. Daß man kein Bedenken trug, Corporationen einen Usufructus zuzugestehen (l. 56 D. de usufr. l. 8. D. de usu et usufr. legat.) erklärt sich daraus, daß die Corporation an den sie bildenden physischen Personen (z. B. den Municipes, die in jenen Stellen genannt werden) ihren natürlichen Vertreter hat, welche frui et uti possunt; der hereditas als einer universitas bonorum fehlt es aber an einem solchen natürlichen Repräsentanten. Hiezu kommt noch folgendes. Die Erwerbung des Usufructus hereditate jacente müßte wie alle Erwerbungen in dieser Zeit die Tendenz haben, dem künftigen Erben dieses Recht zuzumitteln l. 73 §. 1 D. de V. O.). Zu diesem Zweck müßte der Usufructus erst der hereditas jacens erworben werden und von ihr auf den künftigen Erben übergehen l. 1 § 6 D. de injur. hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri; dieß ist aber bei der (regelmäßigen) Unübertragbarkeit des Usufructus unmöglich (cf. l. 18 D. quib. mod. usufr. amitt. — interire mutato dominio). Die Stipulation des Usufructus durch einen Erbschaftssklaven hereditate jacente mußte also immer in Beziehung auf den künftigen Erben (heredi futuro) geschehen. Während nun sonst der Erbschaftssklave allerdings sowohl hereditati als futuro heredi stipuliren kann (l. 28 §. 4 l 35 D. de stip. serv.), wäre die Stipulation eines Usufructus heredi futuro dennoch unwirksam, weil die Gültigkeit und Wirksamkeit der Stipulation nach der Zeit ihrer Abschließung zu beurtheilen ist (l. 21 eod.), zur Zeit der Stipulation des Usufructus aber der Erbe noch nicht adirt hat, mithin die zur Constituirung des Usufructus erforderliche physische Person nicht vorhanden ist. Dagegen kann der Usufructus einem Erbschaftssklaven immerhin legirt werden, weil dieses Legat bis zum Erbschaftsantritt suspendirt ist l. 1 §. 2 cit. Dies autem usus-fructus item usus non prius cedet, quam hereditas adeatur. Hac ratione et si servo hereditario usufructus legetur, Julianus scribit, quamvis cetera legata hereditati acquirantur, in usufructu tamen personam domini expectari, qui uti et frui possit (cf. §. 4 et l. 18 cit.). (Diese Behandlung des einem Erbschaftssklaven legirten Usufructus läßt den von Arndts im R. L. IV. S. 4 angegebenen Grund für die Unzulässigkeit einer Vorausbestellung des Usufructus als unzutreffend erscheinen.) Diese beiden Fälle setzt die bekannte l. 26 D. de stip. serv. einander gegenüber: Usufructus sine persona esse non potest, et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur;

Digitized by Google

Argumentation enthält im übrigen eine petitio principii; das iſt ja eben zu beweiſen, was Köppen als bewieſen hinſtellt, ob ein entſtandenes Recht ſchon durch die bloße Continuität der rechtserzeugenden Thatſachen fortbeſtehen kann, oder ob zu dieſem Fortbeſtehen auch die Exiſtenz eines Subjects erforderlich ſey? Was die l. 85. §. 1. de R. J. anbetrifft, ſo gehört ſie gar nicht hieher. Denn ſie bezieht ſich nicht darauf ob entſtandene *Rechte* durch eine ſpätere Aenderung der Umſtände untergehen, ſondern darauf ob gültig geſchloſſene *Rechtsgeſchäfte* durch den ſpätern Eintritt von Umſtänden, unter denen ſie nicht mehr gültig eingegangen werden könnten, ungültig werden? (mein Syſtem des öſterr. Privatr. II. S. 142 fg.). - Wären aber auch jene Stellen hieher zu ziehen, ſo iſt es doch bekannt, daß es an Stellen nicht fehlt, welche gerade das Gegentheil ausſagen: quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non potuerunt, resolvuntur (l. 3. §. 2. D. de his quae pro non scriptis l. 98. pr. in fin. D. de V. O.). Worin liegt nun der Rechtfertigungsgrund dafür, gerade jene und nicht dieſe Stellen anzuwenden? Wo iſt der Beweis dafür, daß die Exiſtenz eines Subjects nicht zu jenen Thatſachen gehört, welche nicht bloß zum *Entſtehen*, ſondern auch zum *Beſtehen* eines Rechts erforderlich ſind? Was würde man wohl zu folgender Argumentation ſagen: Die Rechte entſtehen durch die Verwirklichung gewiſſer Thatſachen, ſind dieſe entſtanden, ſo beſtehen ſie trotz des Untergangs ihres Objectes fort, da hiedurch die juriſtiſchen Thatſachen, wodurch ſie entſtanden ſind, nicht aufgehoben werden und die Rechte nicht durch die Kraft des Objects entſtehen? Daß das Vermögen ein *objectiver* Begriff iſt (Köppen S. 33 fg.), kann wohl nicht verkannt werden (und wird im Grunde wohl auch von Puchta, Vorleſ. II. S. 311 nicht verkannt). Aber es iſt ebenſo wahr, daß das Vermögen auch ein *ſubjectiver* Begriff iſt; man kann für die Betrachtung bald die eine bald die andere Seite hervorkehren, aber man darf die eine der beiden Seiten nicht

---

legari autem ei posse usumfructum dicitur, quia dies ejus non cedit statim; stipulatio autem suspendi non potest. (Dieſe Stelle beweiſet zugleich, wie ohne alle reelle Bedeutung der Satz iſt: qui postea heres extitit, videtur ex mortis tempore defuncto successisse l. 193 D. de R. J. l. 54 D. de A. v. O. H.; vgl. Windſcheid in dieſer Zeitſchr. I. S. 204, Köppen §. 26 fg.)

Digitized by Google

gänzlich ignoriren. Wer wüßte nicht, daß das Peculium ein objectiver Begriff iſt, daß es ſteigt und ſinkt, wächst und abnimmt (peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur l. 40. pr. D. de pecul.), ganz ſo wie die hereditas (l. 178. §. 1. D. de V. S. l. 20. §. 3. de H. P. cf. l. 208. D. de V. S.), aber wer verkennt, daß das Peculium einen Herrn habe, alſo zugleich ein ſubjectiver Begriff ſey? Ueber die l. 22. de fidejuss. „das Hauptzeugniß" für die behauptete Anerkennung der juriſtiſchen Perſönlichkeit der hereditas, ſucht Köppen S. 87 fg. dadurch hinauszukommen, daß er auch hier bloß „die Anwendung eines Bildes" findet; die Stelle ſoll bloß „auf die äußerliche Betrachtung der Sache" Rückſicht nehmen, wornach die Exiſtenz eines Schuldners, für den man ſich verbürgt, erfordert wird, während der juriſtiſchen Betrachtung die Exiſtenz einer Schuld genüge. „Weil die äußere Betrachtung eine phyſiſche Perſon fordert, für die man ſich verbürgt, ſo ſagt Florentinus, die Erbſchaft vertrete hier dieſelbe, und fügt hinzu, ſo wie ja auch ein Municipium, eine Decurie, eine Societas eine phyſiſche Perſon vertritt. Dieſe Beiſpiele ſollen weiter nichts darthun als daß auch ſonſt noch eine Bürgſchaft für Schulden möglich ſey, obwohl keine phyſiſche Perſon exiſtire, für welche man ſich verbürgen könne." Allein man kann wohl mit mehr Recht umgekehrt ſagen: der äußeren Betrachtung genügt es, daß eine Schuld exiſtire, für die man ſich verbürgt, wie dieß denn auch der Ausdruck des gewöhnlichen Lebens iſt; der juriſtiſchen Betrachtung genügt dieß aber nicht, indem dieſe auch die Exiſtenz eines Schuldners fordert; dieſer Forderung wird durch die juriſtiſche Perſönlichkeit der Erbſchaft Genüge gethan. (Dem widerſpricht auch nicht die l. 11. pr. D. de pec. constit.; denn jene Stelle Ulpians, welcher es ja ſelbſt anerkennt und ausſpricht, daß die hereditas dominae locum obtinet l. 13. §. 5. D. quod vi ſagt nicht, es gebe eine pecunia debita oder ein debitum im Allgemeinen ohne einen debitor überhaupt, ſondern nur es gebe Schulden, bei welchen es an der Perſon eines zu belangenden Schuldners [cf. l. 8. D. de V. S.] eine Zeit lang fehle, nullus appareret, qui interim debeat). In der That, wenn Köppen ſelbſt zugibt, daß das Municipium eine juriſtiſche Perſon ſey, und wenn es nicht beſtritten werden kann, daß der Ausdruck personae vice fungi in jener Stelle des Florentinus die Bezeichnung der juriſti-

Digitized by Google

ſchen Perſönlichkeit enthalte, wie kann dann jene Stelle anders verſtanden werden, als daß die hereditas gleich dem Municipium u. ſ. f. eine juriſtiſche Perſon ſey? (Vgl. die ebenfalls von Florentinus herrührende l. 116. §. 3. D. de leg. I.)

Fictionen macht (abgeſehen von der beſonderen Stellung des Prätors zum Civilrecht) das poſitive Recht oder die Rechtswiſſenſchaft. Das Recht macht Fictionen, um einen Zweck, deſſen Realiſirung wünſchenswerth erſcheint, in einer Weiſe zu erreichen, wodurch die Harmonie des ganzen Rechtsgebäudes nicht geſtört wird, um nicht Beſtimmungen aufzunehmen, welche im Widerſpruch mit den Fundamentalſätzen des Rechts wären und als undisciplinirte Anomalien daſtünden; zu dieſem Behuf beugt das Recht die Thatſache unter ſeine Regel, ſtatt ſich vor der Herrſchaft der Thatſachen zu beugen, es unterordnet die Facta lieber ſeiner Macht, als ſich den Factis zu unterordnen. Solche Fictionen enthalten eine Rechtsvorſchrift, aus welcher eine Anzahl praktiſcher Conſequenzen gezogen werden: es ſind praktiſche Fictionen. Hieher gehört z. B. die auch in den Quellen (l. 1. §. 1. D. ad leg. Falcid.) als ſolche bezeichnete Fiction der lex Cornelia, wonach derjenige der in der That apud hostes ſtarb, ſo betrachtet wurde atque si in civitate decessisset (Ulp. XXVIII. §. 2. l. 4 §. 1 D. de bonis libertat. l. 1. §. 1. cit.). Die hierüber entſtandene Controverſe (Gai. I. §. 129) wurde dahin entſchieden, daß der ſpäter bei den Feinden geſtorbene captivus als im Moment der Gefangennehmung, alſo im letzten Augenblick der Freiheit geſtorben angeſehen wurde (qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est l. 18. D. de capt. l. 22. §. 2. eod. Haſe, das jus postliminii und die fictio legis Corneliae S. 192 fg. S. 204 fg.). Man kann alſo wohl nicht mit Windſcheid (die Actio S. 286) ſagen: „nichtsdeſtoweniger ſey das Teſtament eines Sklave Gewordenen wirklich anerkannt worden", da der Gefangene als in dem Moment der Gefangennehmung, in dem er noch frei war (Haſe S. 198), verſtorben fingirt wurde, alſo ſein Nachlaß, der in der That der Nachlaß eines ſpäter als Gefangener Geſtorbenen war (hereditas captivi), als der Nachlaß eines früher, mithin als Freier Geſtorbenen betrachtet wurde. Der Ausſpruch Windſcheid's wäre richtig, wenn jene Controverſe in der That dahin gelöst worden wäre, daß der wirkliche

Digitized by Google

Todesmoment auch als der juriſtiſche gegolten hätte, wodurch die fictio legis Corneliae den Inhalt bekommen hätte, der Gefangene ſey in dem Moment ſeines bei den Feinden erfolgten Todes nicht capite deminutus, ſondern liber geweſen. Aber auch durch eine ſolche Fiction hätte man ſich davor bewahrt, dem Recht ins Geſicht zu ſchlagen und deſſen Fundamentalſatz: Servus successores habere non potest (l. 4. Cod. commun. de succ.) zu verletzen. Aus jener Stelle des Gaius I. §. 129 ergibt ſich aber auch nicht daß, wie Köppen S. 163 meint, die römiſchen Juriſten keinen Anſtand genommen hätten, die patria potestas temporär ohne pater familias fortbeſtehen zu laſſen, da wenn der captivus ſpäter bei den Feinden ſtarb, die väterliche Gewalt nach rückwärts (ex tunc) mit dem Moment der Gefangennehmung als beendet angeſehen wurde (l. 12. §. 1. l. 22. §. 2. D. de captiv.), alſo ihr interimiſtiſcher Fortbeſtand ſich als eine bloße Scheineriſtenz erweiſet (Fitting, Begriff der Rückziehung S. 48 fg.). — Die Fictionen welche die Rechtswiſſenſchaft aufſtellt, ſind rein theoretiſcher Natur (theoretiſche Fictionen); ſie enthalten nicht eine neue materielle Beſtimmung, aus welcher heraus praktiſch wichtige Conſequenzen deducirt werden könnten, ſondern ſie ſind umgekehrt das Reſultat juriſtiſcher Betrachtung des Vorhandenen, das Ergebniß wiſſenſchaftlicher Zuſammenfaſſung oder Abſtraction. Dieſe Fictionen, welche die Jurisprudenz macht, haben eine doppelte Tendenz. Einmal werden ſie gemacht, um eine Mehrheit von Normen für die Behandlung eines Rechtsverhältniſſes in ein einziges leitendes Princip zuſammenzufaſſen und hiedurch das Studium und die Kenntniß des Rechtes zu erleichtern. Dieſe Fictionen haben eine didactiſche Tendenz. Man findet, daß für ein gewiſſes Rechtsverhältniß, welches in der That A iſt, überhaupt oder unter gewiſſen Vorausſetzungen dieſelben Normen gelten, welche für das Verhältniß B gelten; indem man nun ſagt, das Verhältniß oder der Umſtand A ſey überhaupt oder doch unter gewiſſen Vorausſetzungen ſo anzuſehen als wäre es B, ſo genügt es die Grundſätze zu kennen, welche für B gelten, um zu wiſſen, wie A zu behandeln iſt. Eine ſolche Fiction enthält z. B. der Satz: is qui nasci speratur pro superstite est (l. 231. D. de V. S., Savigny II. S. 12 fg.); dieſe Fiction, deren Exiſtenz Köppen (S. 46) mit Unrecht läugnet, faßt eine Mehrheit von Rechtsvorſchrif-

Digitized by Google

ten für die Behandlung noch Ungeborener (Savigny II. S. 14 fg.) in ein Princip zuſammen; der noch Ungeborene wird (in gewiſſen Verhältniſſen) ſo angeſehen und behandelt als wäre er ſchon geboren (l. 28. D. de statu hom.). Hieher gehört ferner die Fiction, daß der filius familias in Anſehung des castrense peculium vice patris familias fungirt (l. 2. D. ad Sc. Maced.), welche gleichfalls nur aus ſchon vorhandenen Beſtimmungen (daraus, daß der filius familias über das castrense peculium frei verfügen und teſtiren kann) abſtrahirt iſt. Eine andere Fiction dieſer Art iſt die Fiction ac si servus liber esset in der l. 19. §. 2. D. de nox. act. Die Jurisprudenz macht aber auch Fictionen, um einem Kreis von Phänomenen, welche ſich im Rechtsleben gebildet haben, den zuſammenhaltenden Mittelpunkt zu geben, und den Kern einer eigenthümlichen Geſtaltung von Rechtsverhältniſſen zu bezeichnen. Fictionen dieſer Art ſollen die Aufgabe löſen helfen, die vorhandenen Verhältniſſe zu conſtruiren, ſie ſind alſo nicht das Erzeugniß aprioriſtiſcher Speculation, ſondern das Reſultat ſchärferer juriſtiſcher Beobachtung und Auffaſſung des Gegebenen, nicht ein Kniff noch überhaupt etwas Künſtliches, ſondern die kunſtgemäße Erklärung beſtehender Verhältniſſe, die Formel für eine Gruppe von Erſcheinungen; ſie „befriedigen das wiſſenſchaftliche Bedürfniß, bringen das zu Grunde liegende Princip zum Bewußtſeyn, enthalten aber keine praktiſche Neuerung“ (Ihering, Abhandl. S. 200). Das bewußte Aufſtellen ſolcher Fictionen bezeichnet einen Fortſchritt, nicht in der Bildung des Rechts, ſondern in der Erkenntniß desſelben, einen Fortſchritt nicht im Rechtsverkehr, ſondern in der Rechtswiſſenſchaft. So ſind z. B. die Corporationen gewiß lange Zeit hindurch als die einheitliche Mehrheit phyſiſcher Perſonen, und das Corporationsvermögen als gemeinſchaftliches Vermögen der Mitglieder angeſehen worden (arca communis, servus communis), bis die Wiſſenſchaft es gewahr wurde, daß hier ein von der gleichzeitigen und ſucceſſiven Totalität der Mitglieder verſchiedenes ideales Rechtsſubject vorhanden ſey, und für ſämmtliche bei den Corporationen vorkommende Rechtserſcheinungen die „adäquate Ausdrucksform“ fand: corpus personae vice fungitur*). Ebenſo war

*) In dieſer Zeit noch ungereifter Erkenntniß mochte man in der That die hinterlaſſenen Sachen als res nullius, das heißt als herrenlos bezeichnen (l. 13.

Digitized by Google

auch das Vermögen eines Verstorbenen lange Zeit schon für den künftigen Erben zusammengehalten und aufbewahrt worden, bevor die Jurisprudenz (wahrscheinlich nicht vor Julian, Ihering Abhandlungen S. 193 — 200) es erkannte und aussprach, daß die hereditas sicut municipium personae vice fungitur *). Dieser Vorstellung kommt also in der That eine große theoretische Bedeutung zu: sie ist der wahre wissenschaftliche Ausdruck für die hier stattfindenden rechtlichen Verhältnisse. Die ruhende Erbschaft nicht als eine juristische Person ansehen, heißt den Fortschritt wieder

---

§. 5. D quod vi aut clam.; die l. 1. pr. D. de rer. divis. darf man aber nicht so verstehen [vgl. auch Windscheid, Die Actio S. 236], da sie von Gajus herrührt, welcher die juristische Persönlichkeit der Erbschaft anerkannte l. 31. §. 1. D. de her. instit.; ebensowenig aber die l. 3. pr. D. de pecul., da diese von Ulpian ist, der gleichfalls die juristische Persönlichkeit der Erbschaft anerkannte l. 13. §. 5. i. f. cit., vgl. auch Ihering, Abhandl. S. 193 Note 2). Dagegen stammen aus jener Zeit l. 13. §. 5. D. cit. in init. und l. 10. D. ut leg. (von Sabinus) und l. 36. D. de stipul. servor. (von Javolenus).

*) Dagegen enthält der vielbesprochene Satz: heres quandocumque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur (l. 54. D. de A. v. O. H. l. 193. l. 138. pr. D. de R. J.) wohl eben so wenig eine Fiction als das jus postliminii. Heißt es doch nicht a morte *adiisse* intelligitur, sondern *successisse* intelligitur; der Erbe wird daher erst mit der Zeit des Antritts Eigenthümer der Erbschaftssachen (l. 8. D. de R. C.), ohne daß von einer Rückziehung des Erbschaftsantritts in dieser Beziehung die Rede wäre. Jene Stellen wollen wohl nichts anderes sagen (vgl. Arndts §. 521 Anm. 1), als daß der noch so spät antretende Erbe, obgleich die erbschaftlichen Rechtsverhältnisse durch die Erbschaft auf ihn übergehen (l. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. l. 1. §. 6. D. de injur. l. 71. §. 1. D. de neg. gest. l. 1. §. 15 Si is, qui test.), dennoch der unmittelbare Nachfolger des Erblassers ist, daß er also in die Vermögensverhältnisse des Verstorbenen, nicht in die der mittlerweile bestandenen hereditas succedirt, daß er gleich dieser den Erblasser repräsentirt (l. 22. D. de usurp. Nov. 48. praef.). In dem Moment, wo der Erbe die Erbschaft antritt, verschwindet die hereditas als Rechtssubject spurlos, als wäre es nie dagewesen, und der Erbe nimmt unvermittelt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen in sich auf, ob er gleich die zum Nachlaß gehörigen Bestandtheile nur durch Vermittlung der hereditas jacens erlangt, und zwar „bekommt er das Vermögen dem Effect nach, als wenn er es sogleich bekommen hätte, mit allen Früchten und Accessionen" (Windscheid in dieser Zeitschr. I. S. 204) und Deteriorationen.) — Dagegen enthält die l. 1. §. 1. l. 2. D pro soc. eine rein theoretische Fiction (Puchta, Instit. I. §. 247. Note c), wenn man sie nicht etwa mit Savigny durch Annahme eines constitutum possessorium erklärt.

Digitized by Google

aufgeben, den die ſpätere römiſche Jurisprudenz gemacht hat, ſomit einen Rückſchritt machen. Auch iſt dieſe Perſonificirung eines Vermögens, dieſe Subjectivirung einer Mehrheit von Vermögensobjecten, ſicher kein Unding, wie Köppen (S. 23. 91) meint, der einen „inneren Widerſpruch" darin findet, „wenn man dem, was keine andere Beſtimmung hat, als der Gegenſtand rechtlicher Herrſchaft zu ſeyn und deßhalb res iſt, dieſe Herrſchaft über ſeine einzelnen Theile und damit über ſich ſelbſt beilegen wollte; ein Rechtsobject, welches ſein eigenes Rechtsſubject iſt, ſey ein Unding." Allein behandelt das römiſche Recht nicht auch dasjenige, was keine andere Beſtimmung hat als die, Rechtsſubject zu ſeyn, als Rechtsobject? Und iſt es denn auf dem Gebiet des Denkens etwas ſo ſelten Vorkommendes, daß man die Geſammtheit den einzelnen Beſtandtheilen gegenüber als ſelbſtändige, von dieſen gebildete und demnach wieder von ihnen unterſchiedene und ſie beherrſchende Einheit (universitas) betrachtet, und daß wie das Subject ſich objectivirt, ſo umgekehrt das Object ſubjectivirt wird? Und dieſe Perſonification der Erbſchaft geſchieht ja gerade, damit das Vermögen ſeine Beſtimmung erreiche und Gegenſtand rechtlicher Herrſchaft des dazu berufenen Nachfolgers werde. Wenn Windſcheid nunmehr (die Actio S. 237 vgl. Krit. Ueberſchau I. S. 190) ſagt: „die universitas iſt etwas anderes als die einzelnen Beſtandtheile aus denen ſie beſteht; aber wären die Beſtandtheile nicht, ſo wäre auch die universitas nicht. Es gibt keine civitas ohne cives, keine Bibliothek ohne Bücher, keine Schafheerde ohne Schafe. Indem alſo das römiſche Recht die hereditas als Subject der Erbſchaftsrechte und Verpflichtungen bezeichnet, nimmt es das Beſtehen derſelben auch ohne dieſes Subject an, welches erſt durch ihr Beſtehen exiſtent wird" — ſo liegt, wie mir ſcheint, hierin ein Trugſchluß. Das Recht nimmt nicht zuerſt das Beſtehen der Erbſchaftsſachen und Verpflichtungen an, und legt dann dieſen Rechten und Pflichten ein Subject hinterdrein bei, ſondern in dem Moment, in welchem das Recht Erbſchaftsrechte und Erbſchaftsſchulden anerkennt, iſt zugleich ihr künſtliches Subject, die Erbſchaft, geſetzt. So wenig die Bürger, die den Staat ausmachen, ohne dieſen Staatsbürger, die Bücher ohne die Bibliothek Bibliotheksbücher, die Schafe ohne die Heerde Heerdenſchafe ſind, ſo wenig ſind die Rechte und Pflichten ohne Erbſchaft Erbſchaftsrechte und -Pflichten. Die Erbſchaft tritt

Digitized by Google

uno actu zugleich als objectiver und subjectiver Begriff in die Existenz, wie der Mensch zugleich als Einheit von Leib und Seele in die Welt eintritt*).

Der vorstehende Excurs ist an diesem Ort nicht ohne Bedeutung. Läge es in der That in der souveränen Macht des Rechts, Rechte und Verbindlichkeiten sowie ihren einheitlichen Inbegriff, das Vermögen, ohne Subject fortbestehen zu lassen, warum sollte es dann nicht auch möglich seyn, Rechte und Verbindlichkeiten, somit auch ein Vermögen ohne ein Subject entstehen zu lassen? Können Rechte in der That bestehen, ohne einem Subject zuzustehen, warum sollten sie dann nicht auch schon von Anfang an subjectlos existiren können? Wäre das Dogma von der möglichen Subjectlosigkeit eines Vermögens richtig, dann wäre es in der That überflüssig, die Existenz juristischer Personen anzunehmen. Wir hätten dann nicht mehr zwischen natürlichen und künstlichen Rechtssubjecten, sondern zwischen Vermögen mit und ohne Subject, etwa zwischen Personen- und Zweckvermögen zu unterscheiden. Die juristischen Personen wären in's Reich der wesenlosen Schatten zu verbannen, und wie man einst auf dem Theater die lustige Person feierlich austrieb, so hätten wir nichts eiliger zu thun, als auf der Rechtsbühne die juristische Person in die Acht zu erklären. Der Jurist, der dann noch von künstlichen Personen handelte, wäre in der That dem Naturforscher zu vergleichen, welcher den Vogelscheuchen eine eigene Betrachtung zuwendete!

III.

„Welche Verpflichtungen und welche Vortheile die Mitglieder der Corporation als solche haben, darüber gibt es keine allgemeine Regel; es ist insbesondere mit dem Wesen der Corporation auch vereinbar, sowohl daß dieselbe allein oder vorzugsweise den Privatvortheil der Mitglieder bezwecke, als auch daß den Mitgliedern bestimmte Theilansprüche an den Nutzungen oder dem Gewinn des Corporationsvermögens und im Fall der Auflösung an diesem selbst zustehen." (Arndts Pandekt. 2. Aufl. §. 42.) Man hat dieß zwar

*) Gegen Köppen hat sich, wie ich eben finde, bereits Vering in den Heidelb. Jahrb. 1857 Nr. 44, 45, aber freilich vielfach aus andern Gründen, erklärt.

Digitized by Google

oft in Abrede geſtellt und gemeint, daß durch das Weſen der juriſtiſchen Perſon mit innerer Nothwendigkeit jede Beziehung der einzelnen Mitglieder als ſolcher zu dem Vermögen der Corporation ausgeſchloſſen bleibe, ſo daß die juriſtiſche Perſon den Mitgliedern der Corporation ebenſo fremd und unabhängig gegenüberſtehen müſſe, wie dritten Perſonen. Jolly hat denn auch hierin gerade einen Hauptgrund gegen die Auffaſſung der Actiengeſellſchaften als juriſtiſcher Perſonen gefunden (Zeitſchrift für deutſches Recht Band XI Nr. X); er meint, „mit der Annahme, daß während der Exiſtenz der angeblichen juriſtiſchen Perſon alle Erträgniſſe ihres Vermögens den Mitgliedern zufließen, in Verbindung mit den Sätzen, daß es jederzeit in der Willkür dieſer Mitglieder ſtehe, direct oder indirect der Exiſtenz der juriſtiſchen Perſon ein Ende zu machen, und daß das Vermögen der aufgelösten juriſtiſchen Perſon ſchon von Rechtswegen an die in ihr verbundenen phyſiſchen Perſonen falle, könne für das in Frage ſtehende Verhältniß zwar der Name juriſtiſche Perſon gerettet werden, von einem ſelbſtändigen Rechtsſubject, verſchieden von den einzelnen Perſonen, aber nicht mehr die Rede ſeyn." (S. 324. 325.) Ebenſo Treitſchke in derſ. Zeitſchrift Bd. V. S. 337 fg. Allein mit Unrecht (vergl. auch Reyſcher in derſelb. Zeitſchrift Band XIII. S. 385. fg. Schmid im Archiv für civil. Praxis Bd. XXXVI. S. 61. fg. 166. fg.). Eine ſolche juriſtiſche Perſon, die lediglich um ihrer ſelbſt willen exiſtirte, zu deren Vortheil allein das Vermögen dienen würde, gibt es überhaupt nicht, da auch dieſe Schöpfung des Rechts um der phyſiſchen Perſonen willen gemacht iſt, quarum causa omne jus constitutum est, und das Vermögen der juriſtiſchen Perſon mittelbar doch immer wieder den einzelnen Menſchen zu gute kommen ſoll. Dieſe phyſiſchen Perſonen, zu deren Vortheil die juriſtiſche Perſon exiſtirt, können ſämmtliche Staatsbürger oder eine Claſſe von Perſonen (z. B. Religions-, Gewerbsgenoſſen, Arme, Kranke) ſeyn; es können dieß aber auch ebenſogut Privatperſonen ſeyn, welche es ihrem Intereſſe gemäß finden, ſich dieſer rechtlichen Geſtalt zu bedienen, um ihren Zweck zu erreichen, der auf Bildung, Geſelligkeit, muſikaliſchen Genuß oder auf Erwerb und Gewinn gerichtet ſeyn kann. Der richtigen Erkenntniß iſt hier hauptſächlich die Annahme entgegengeſtanden, daß der Zweck, die Idee, perſonificirt werde: daß die hehre Idee der Menſchenliebe, der Mildthätigkeit, daß der Staatszweck perſonificirt

Digitized by Google

werde, fand man begreiflich; aber daß solche Zwecke wie Geselligkeit, Unterhaltung, Genuß und gar der leidige Erwerbs- und Gewinnszweck personificirt würden, das schien unerträglich. Hat man doch öfters sogar in die Definition der juristischen Person das Merkmal der Gemeinnützigkeit und ewigen Dauer des Zwecks aufnehmen wollen! Dennoch kommt gerade in solchen Erwerbsgesellschaften, welche den Charakter der juristischen Persönlichkeit annehmen, das Rechtsgebilde der juristischen Person zu seiner prägnantesten Erscheinung, indem das künstliche Rechtssubject, welches überhaupt um des Vermögens willen geschaffen wird, hier auch ausschließlich Vermögenszwecken dient, und das Vermögen der Corporation nicht Mittel zur Erreichung anderer Zwecke, sondern gerade der gesteigerte Erwerb durch gemeinschaftliche Mittel der Zweck der Personenvereinigung ist.

Aus dem Begriff der juristischen Person folgt nur mit Nothwendigkeit, daß ein von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes ideales Rechtssubject vorhanden ist, welches den Mittelpunkt des Corporationsvermögens bildet, Eigenthümer der Corporationssachen, Gläubiger und Schuldner, unter Umständen Erbe und Legatar ist. Welche Rechte und Pflichten die einzelnen Mitglieder haben, in welchem Verhältniß sie zu der Corporation stehen, ob und in welcher Weise die Nutzungen und der Gewinn des Vermögens unter sie getheilt werde, ob sie direct oder indirect die Auflösung der juristischen Person herbeiführen können, und was mit dem Vermögen der aufgelösten Corporation geschieht, alles das hängt von Momenten ab, welche nicht mehr im Begriff der juristischen Person, sondern in etwas Anderem gelegen sind. Das Entscheidende in dieser Beziehung ist der Zweck, um dessen willen das künstliche Subject existirt. Die Verschiedenheit des Zwecks zieht eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nach sich. Schon bei den öffentlichen Corporationen können die Mitglieder in einer gewissen Beziehung zu dem Corporationsvermögen stehen (res publicae im engern Sinn, Bürgervermögen vgl. Schmid S. 160 fg.); dieß gilt um so mehr bei den Privatcorporationen, und ganz vorzugsweise und tendenziell bei den corporativen Erwerbsgesellschaften. Bei diesen Gesellschaften sind die einzelnen Mitglieder die Hauptsache, die juristische Person ist nur das Medium, durch welches jene ihren Zweck erreichen; die einzelnen Mitglieder der corporativen Erwerbs-

Digitized by Google

geſellſchaft entäußern ſich zeitweilig einzelner Vermögensbeſtandtheile und legen dieſelben einem künſtlichen Subjecte bei, um auf dieſe Weiſe ihre Einlage am Ende um ein Beträchtliches vermehrt zurückzubekommen. Die juriſtiſche Perſon verdrängt hier die einzelnen Mitglieder nicht, ſie iſt vielmehr von dieſen vorgeſchoben und wird von ihnen, denen zuletzt aller Erwerb jener zu gute kommt, wie am Drath gelenkt. Denſelben Gedanken hat bereits Gerber (Zeitſchrift für Civilr. und Proceß N. F. Bd. XII. S. 206) ausgeſprochen: „die Perſönlichkeit des Vereins ſpielt hier nur eine untergeordnete Rolle; während ſonſt die juriſtiſche Perſon die Hauptſache iſt, welche ſich nur die Hülfe menſchlicher Individuen für eine genau begränzte Sphäre zu Organen erborgt, ſind hier umgekehrt die einzelnen Glieder des Vereins die Hauptſache, welche ſich nur die Firma der juriſtiſchen Perſönlichkeit — entlehnen." (Nur iſt es wohl nicht zu billigen, wenn Gerber ſolche Corporationen „uneigentliche" nennt.)

Auch hierin kann uns wieder das römiſche Recht mit ſeinen societates publicae zum Vorbild dienen. Die Irrthümer, welche in der Lehre von den juriſtiſchen Perſonen herrſchen, ſind dadurch entſtanden, daß man bei ihrer Darſtellung die Beſtimmungen des römiſchen Rechts über jene societates überſah oder doch nicht genugſam würdigte, und dasjenige, was nur für die öffentlichen Corporationen und für dieſe bloß deßhalb gilt, weil ihr Zweck ein öffentlicher und dauernder iſt, als aus dem Begriff und Weſen der Corporation mit innerer Nothwendigkeit folgend anſah, und daher auch ohne weiteres auf die Privatcorporationen anwendete. Die societates publicanorum (vectigalium publicorum), aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum ſind dasſelbe was unſere heutigen corporativen Erwerbsgeſellſchaften ſind; daß insbeſondere die societates vectigalium publicorum das Vorbild unſerer modernen Actiengeſellſchaften ſind, iſt bereits von Andern bemerkt und hervorgehoben worden (vgl. insbeſ. Schmid S. 166 fg.). Obwohl nun dieſe societates vectigalium den Charakter juriſtiſcher Perſönlichkeit hatten (l. 1. pr. D. quod cujusc. univ. l. 22. D. de fidejuss.), ſo nahmen die Römer dennoch keinen Anſtand, eine weſentliche und nahe Beziehung der einzelnen Glieder (socii) zu dem Corporationsvermögen anzunehmen. Daß bei dieſen Geſellſchaften ſchon während der Exiſtenz der juriſtiſchen Perſon alle Er-

Digitized by Google

trägnisse ihres Vermögens den Mitgliedern zuflossen, kann nicht bezweifelt werden, und wird übrigens in der l. 63. §. 8. D. pro socio (omne emolumentum societatis ad socios pertinet, cf. l. 9. §. 4. D. de publ.) mit einer Bestimmtheit anerkannt, welche völlig geeignet ist, die von Jolly erhobenen Einwürfe gänzlich zu entkräften. Die einzelnen Mitglieder hatten nach Maßgabe ihres eingelegten Capitals einen Antheil am Geschäft, der pars hieß (l. 59. pr. D. pro socio — partes in vectigalibus habere). Diese pars, welche unsere moderne Actie ist (Cicero in Vatin. c. XII ed. Orelli 1835 p. 10 not. 29), konnte veräußert und vererbt werden (Cic. l. c. l. 59. pr. l. 63. §. 8. cit.); der Erbe des verstorbenen socius erwarb den Antheil seines Erblassers am Gewinn und Verlust der Gesellschaft, ohne jedoch stimmberechtigter Genosse zu seyn, dafern nicht festgesetzt war, daß er als wirklicher socius in die Gesellschaft eintreten sollte (nisi fuerit adscitus l. 59. pr. cit. vgl. Glück Band XV. S. 473. 474, Schilling Institut. III §. 317 Note bb). So wußten die Römer trotz der Annahme juristischer Persönlichkeit dieser societates dem zu Grunde liegenden Gesellschaftsverhältniß gerecht zu werden, wie denn auch jene corporativen Gesellschaften ebenso wie bei uns den Namen Gesellschaft beibehielten (societates publicae im Gegensatz der societas privata oder voluntaria), und nur die nöthigsten Abweichungen von den Gesellschaften ohne corporativen Charakter eintreten zu lassen. Die gewöhnlich behauptete Abweichung, daß societates publicae im Unterschied von societates privatae durch den einstimmigen Beschluß ihrer Glieder nicht aufgelöst werden konnten, findet sich nirgends ausgesprochen; der Satz dissensu solvi societatem (l. 65. §. 3. D. pro soc.), voluntate distrahitur societas (l. 63. i. f. eod.) gilt vielmehr bei den societatibus publicis ebenso wie bei den privatis. Diese rechtliche Möglichkeit, die societas vectigalium durch Beschluß der Mitglieder aufzulösen, also der Existenz der juristischen Person durch den Willen der Glieder ein Ende zu machen, wird in der l. 59. pr. D. pro soc. (cf. Cujac. Observ. lib. X. cap. 25 i. f.) anerkannt: die corporative Gesellschaft löst sich auf, si is mortuus sit, propter cujus operam maxime societas coita sit, aut sine quo societas administrari non possit. Und ist es wohl anzunehmen, daß wenn eine solche societas vectigalium sich durch freiwilligen Beschluß, oder weil die Pachtzeit zu Ende war, auflöste, ihr

Digitized by Google

Vermögen als bonum vacans an den Staat gefallen ſey? Liegt es nicht vielmehr in der Natur der Sache, daß ſich die Mitglieder in das Vermögen theilten? — Ebenſo geben die römiſchen collegia funeraria einen ſprechenden Beleg für die mit der Exiſtenz einer juriſtiſchen Perſon vereinbare freiwillige Auflöſung derſelben, für die Rückgabe der Beiträge (cf. l. 1. §. 2. D. de coll. et corp.), für die Vertheilung von Einkünften des Corporationsvermögens an die Mitglieder der Corporation, und für den Anſpruch der Mitglieder auf einen Beitrag (funeraticium) aus der Corporationscaſſe. (Ueber dieſes Todtencaſſenweſen der Römer vgl. Huſchke in der Zeitſchrift f. geſch. Rechtswiſſenſchaft Band XII. Nr. V.)

Dieſe beiden letzten Punkte verlangen eine ausführlichere Beſprechung, da man gerade in der angeblichen Unmöglichkeit der Auflöſung einer Corporation durch den Geſammtbeſchluß der Mitglieder und in den juriſtiſchen Schickſalen des Vermögens einer aufgelöſten Corporation die wichtigſten Gründe gegen die Auffaſſung der modernen Vereine und insbeſondere der Actiengeſellſchaften als Corporationen gefunden hat. Was den erſtern Punkt anbelangt, ſo hat man geglaubt, es folge aus dem Begriff und Weſen einer juriſtiſchen Perſon mit innerer und abſoluter Nothwendigkeit, daß das künſtliche Rechtsſubject ein von dem Einfluß der Mitglieder der Corporation völlig unabhängiges Leben in einer höhern Region führe, in welcher es von den mörderiſchen Auflöſungsbeſchlüſſen ſeiner Träger unerreichbar ſey; nur die Staatsgewalt ſey im Stande, der Exiſtenz einer juriſtiſchen Perſon ein Ende zu ſetzen (ſo Savigny II. S. 279. 341. 348, Puchta im R. L. III. S. 73., Vorleſ. I. S. 69. Sintenis I. S. 113. 114. Holzſchuher Theorie I. S. 282. Arndts § 45. Pfeifer §. 33 u. And.). Allein dieſe Behauptung (der ich noch in meinem Syſtem des öſterr. Privatrechts I. S. 345. beipflichtete), daß eine Corporation nicht unmittelbar durch Beſchluß der Corporationsgenoſſen aufgehoben werden könne, daß die Aufhebung der Corporation nicht auch ein Act der Willkür ihrer Glieder ſeyn könne, iſt in ſolcher Allgemeinheit gewiß unrichtig. Es iſt allerdings wahr, daß öffentliche Corporationen durch den Beſchluß ihrer Mitglieder nicht aufgelöst werden können; aber nicht deßhalb weil die öffentliche Corporation ein künſtliches ideales Rechtsſubject iſt, ſondern deßhalb weil ihr Zweck ein öffentlicher dauernder iſt, deſſen Realiſirung

Digitized by Google

nicht in das Belieben ihrer zeitweiligen Mitglieder geſtellt ſeyn kann. Anders verhält es ſich aber mit Privatcorporationen (vgl. Marezoll in Grolman's und Löhr's Magazin IV. S. 207 fg. Mühlenbruch Pandect. §. 197 a. E., Göſchen Vorleſ. §. 65, Maurenbrecher Lehrb. §. 160, Kierulff I. S. 144, Böcking I. §. 63. Note 7). Die Corporation iſt hier nur die Form, in welcher die Privatperſonen ihren Zweck zu erreichen ſuchen; es hieße das Geſchöpf über den Schöpfer, das Werkzeug über den Meiſter ſetzen, wenn man Corporationen dieſer Art eine vom Willen der Mitglieder unabhängige Exiſtenz zuſchriebe. Die Auflöſung der Geſellſchaft ſteht in dem Belieben ihrer Mitglieder, der Umſtand, daß die aufzulöſende Geſellſchaft eine corporative iſt, kann hieran nichts ändern (cf. l. 59. pr. D. cit.). Die Corporationsglieder (socii) ſind das Subſtrat der juriſtiſchen Perſon, der Perſonenverein iſt es, der perſonificirt iſt. Beſchließen die Mitglieder den Perſonenverein aufzulöſen, ſo muß mit der Realiſirung dieſes Beſchluſſes die Corporation zuſammenfallen. Wie die Mitglieder durch ihren Willen die juriſtiſche Perſon ins Leben rufen, ſo können ſie auch wieder durch ihren Willen das künſtliche Subject aus dem Leben ſchaffen (cf. l. 35. l. 100. D. de R. J.). Ja dieſe freiwillige Auflöſung der juriſtiſchen Perſon muß ſelbſt dann für rechtlich zuläſſig gehalten werden, wenn die Corporation einer ſpeciellen ſtaatlichen Creation ihre Exiſtenz verdanken ſollte, da der Staat einer Geſellſchaft nur auf ihre Bitte und in ihrem Intereſſe den Charakter einer juriſtiſchen Perſon einräumt, ohne dadurch dem künſtlichen Subject eine ſelbſtändige Macht gegen die Mitglieder zu verleihen. Wenn man eingewendet hat, daß „die Möglichkeit das Subject für die entſtandenen Rechtsverhältniſſe durch Privatwillkür wegzunehmen, für die mit einer juriſtiſchen Perſon in rechtlichen Verkehr Tretenden höchſt bedenklich ſey“ (Puchta im R. L. III. S. 73, Savigny II. S. 348), ſo läßt ſich nicht läugnen, daß das erhobene Bedenken beſonders bei corporativen Erwerbsgeſellſchaften ein gerechtfertigtes iſt. Allein hieraus folgt nur, daß zur Auflöſung ſolcher corporativer Geſellſchaften im Intereſſe der Gläubiger eine ſtaatspolizeiliche Genehmigung derſelben verlangt werden ſollte (wie dieß z.B. auch in der That in Oeſterreich der Fall iſt), ebenſo wie die von Savigny (II. S. 278) erhobenen Bedenken nur das Erforderniß ſtaatspolizeilicher Genehmigung neuer Stiftungen rechtfertigen; allein

Digitized by Google

ſo wenig in letzterem Fall durch dieſe polizeiliche Conceſſion die Stiftung den Charakter juriſtiſcher Perſönlichkeit erwirbt, ſo wenig verliert die Privatcorporation durch die ſtaatspolizeiliche Genehmigung ihre Exiſtenz, ſondern durch den polizeilich genehmigten Auflöſungsbeſchluß ihrer Mitglieder.

Was die Schickſale des Vermögens einer aufgelöſten Corporation betrifft, ſo behauptet man gewöhnlich, daß daſſelbe in der Regel als bonum vacans an den Staat fallen müſſe (ſo z. B. Puchta im R. L. III. S. 73, 74 Vorleſ. II. S. 512. Thöl Volksrecht §. 12. Seuffert Pandect. I. § 53. Sintenis I. §. 15 Note 31. Pfeifer §. 39). Allein auch dieſe Behauptung (der ich noch in meinem Syſtem des öſterr. Privatr. I. S. 346. 347 beiſtimmte), iſt in dieſer Allgemeinheit ſicher unrichtig, und es dient ihr auch die von Puchta hieher bezogene l. 5. C. de pag. (1. 11) nicht zur Stütze (vgl. Schüler in den jur. Abhandl. I. S. 260 fg. und Schmid S. 182. 183.). Bei öffentlichen Corporationen iſt es allerdings Regel, daß das Vermögen der aufgehobenen Corporation an den Staat falle, als den Centralpunkt aller öffentlichen Zwecke. Anders jedoch verhält es ſich mit Privatcorporationen, wofür man ſich aber freilich nicht auf l. 3. pr. D. de coll. et corp. berufen darf. Hier iſt es ſchon vor allem möglich, daß in den Statuten der Corporation im vorhinein feſtgeſetzt iſt, was mit dem vorhandenen Vermögen im Fall der Auflöſung der Corporation geſchehen ſolle; ſo kann in den Statuten feſtgeſetzt ſeyn, daß das Vermögen der Corporation im Fall der Auflöſung an die zu dieſer Zeit vorhandenen Mitglieder nach einem gewiſſen Theilungsmaßſtab falle; es kann aber auch ebenſo wie bei Stiftungen beſtimmt ſeyn, daß das Vermögen nach der Auflöſung an eine gewiſſe Perſon falle. (So kann z. B. in den Statuten eines Geſangvereines feſtgeſetzt ſeyn, daß ſein Vermögen im Fall der Auflöſung an einen andern Verein dieſer Art falle, ja ſelbſt daß es bis zu dem Zeitpunkt aufbewahrt werde, wo ſich ein neuer Verein dieſer Art gebildet haben werde, welchem dann jenes Vermögen zufällt, eine Art hereditas jacens vgl. Schüler S. 264 Not. 29). Ferner kann eine Privatcorporation ſchon vor ihrer verwirklichten Auflöſung (alſo immerhin noch nach gefaßtem Auflöſungsbeſchluß) einen gültigen Theilungsbeſchluß über ihr Vermögen faſſen, wenn ſie nur ſonſt die freie Veräußerungsbefugniß

Digitized by Google

hat. Aber selbst ohne einen solchen Theilungsbeschluß und ohne statutarische Festsetzung kann aus der besondern Natur einer Privatcorporation folgen, daß das Vermögen den gewesenen Mitgliedern nach einem bestimmten Theilungsmaßstab zufalle (vgl. Marezoll a. a. O. S. 211. 212. Göschen Vorles. I. §. 65; Kierulff I. S. 145; Fritz Erläuterungen I. S. 160; Holzschuher I. S. 283; Maurenbrecher I. §. 160; Arndts §. 45; Gerber in der Zeitschrift für Civilr. N. F. Bd. XII. S. 206. 207); dieß ist bei den corporativen Erwerbsgesellschaften, also insbesondere bei den Actiengesellschaften der Fall, da diese Gesellschaften ja gerade deßhalb in corporativer Form eingegangen werden, um in dieser Gestalt für jeden Theilnehmer den möglichst großen Gewinn zu erzielen, und da sich hier die Mitglieder schon während des Bestehens der juristischen Person mittelbar einen Antheil am Vermögen der Gesammtheit zuschreiben konnten, so daß man sie analog den heredes sui schon während der Existenz der juristischen Person quodammodo domini (l. 11. D. de lib. et posth. hered.) nennen, und auch von ihnen sagen kann: daß sie mit der Auflösung der juristischen Person ipso jure Eigenthümer des Vermögens werden (non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur, hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt).

IV.

Bedürfen Corporationen zu ihrer Entstehung nicht der ausdrücklichen Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch eine constitutio individualis, und verträgt sich mit ihrem Wesen sowohl eine engere Beziehung der Mitglieder zu dem Corporationsvermögen, als die Möglichkeit ihrer Auflösung durch Beschluß der Corporationsgenossen und die Vertheilung des Vermögens an die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder, so wird man wohl nicht länger anstehen, die durch den Associationstrieb hervorgerufenen modernen Vereine, wie Clubs, Resourcen u. s. f. Lese-, Kunstvereine, Wittwen- und Waisencassen (Gerber System §. 192. Pfeifer Zeitschrift für deutsches Recht Bd. IX. S. 450 fg.), Sterbecassen oder Begräbnißvereine (deren Vorbild die römischen collegia tenuiorum, collegia funeraria sind, vgl. Mommsen §. 13—16. Huschke in der angeführten Abhdlg., Rudorff in der

Digitized by Google

Note zu Puchta's Institut. II. §. 191), die Bergwerksgesellschaften (societates aurifodinarum) und insbesondere die Actiengesellschaften als juristische Personen anzusehen. Die ausdrückliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit an solche Gesellschaften durch den Staat, welche in neuerer Zeit statutenmäßig öfters angesucht wird, bringt daher auch an und für sich keine Veränderung in den Rechtsverhältnissen derselben hervor (Treitschke in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. V. S 335. fg. Gerber System §. 198 Note 2; Savigny Oblig. II. §. 64 Anm. 7, Thöl I. §. 44. Note 6), sondern dient nur dazu, alle Zweifel über die corporative Qualität solcher Gesellschaften, insbesondere über ihre persona standi in judicio und ihre Erwerbs- und Erbfähigkeit im vorhinein definitiv zu beseitigen.

Die Auffassung dieser Vereine als corporativer Gesellschaften vermag aber auch allein die rechtlichen Erscheinungen zu erklären, welchen wir hier begegnen: alle andern Versuche, die bei diesen Vereinen, über deren Wesen auch in der Praxis Schwanken herrscht (Seuffert's Archiv Bd. VI. Nr. 2), vorkommenden Verhältnisse zu construiren, sind unbefriedigend. Daß es solche von manchen Germanisten angenommenen „Genossenschaften", welche ein eigenes dem römischen Recht unbekanntes, dem deutschen Recht eigenthümliches Mittelding zwischen Corporation und einfacher Gesellschaft oder eine eigene Art juristischer Personen bilden sollen, nicht gibt, kann wohl nicht bezweifelt werden. Ebenso unhaltbar ist aber auch die von manchen Schriftstellern (so von Jolly in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XI. Nr. X., Brinkmann Handelsr. §. 36. §. 59. und von mir im System des österr. Privatr. I. S. 330 fg.) statuirte Annahme von s. g. Gesellschaften mit collectiver (formeller) Personeneinheit, deren Wesen darin bestehen soll, daß sie formell Corporationen, materiell aber einfache Gesellschaften sind, so „daß die Gesellschaften formell durchaus als Einheit erscheinen, formell ganz so behandelt werden, als bildeten sie ein besonderes selbständiges Rechtssubject, während materiell nur sie selbst berechtigt und verpflichtet sind, und ein von ihnen verschiedenes Subject für die gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse nicht existirt" (Jolly S. 319). Diese Collectivgesellschaften sind im Grund dasselbe was die s. g. Genossenschaften sind, und unterscheiden sich von ihnen nur in der Formulirung, nicht in der Sache. Was bei den Genossen-

Digitized by Google

schaften das „Durchwachsensein" incompatibler Bestimmungen ist, erscheint bei den Collectivgesellschaften als ein ebenso unverträgliches Nebeneinander derselben zufolge einer willkürlichen Vertheilung nach außen und nach innen. Eine solche Duplicität eines Wesens (Jolly selbst S. 437 spricht von einer „Zwitterhaftigkeit" dieser Construction), wornach es bald als eine juristische Person, bald wieder nicht als solche, sondern als das Collectivum der Mitglieder erschiene, verträgt sich nicht mit der nothwendigen Einheitlichkeit der civilistischen Construction, man müßte denn mit Jolly (S. 327) die doppelte Fiction annehmen, daß eine einfache Gesellschaft in gewissen Beziehungen so behandelt werde als wäre sie ein künstliches ideales Subject, mithin die Fiction der Existenz einer fingirten Person statuiren, was doch sicher nicht angeht. Ebensowenig aber reicht man, wie ich glaube, mit der Annahme s. g. modificirter Societäten aus, wie sie manche neuere Schriftsteller (z. B. Kierulff I. S. 134., Schmid im Archiv für die civ. Praxis Bd. 36. S. 183 fg., Thöl Handelsr. I. §. 44, Gerber System §§. 49. 97. 195 und in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. XII. S. 202 fg. und Walter System §. 313) annehmen, welche der Ansicht sind, daß es sich bei den modernen Vereinen nicht um eine Modification der römischen Universitas, sondern um Modificationen der römischen Societas handle. „Diese Modificationen sollen in der Ausschließung der Theilungsklage, der Höchstpersönlichkeit des Rechts der einzelnen Mitglieder, in der Bedeutungslosigkeit des Austritts eines einzelnen Mitglieds für den Fortbestand der ganzen Gesellschaft, endlich wie Einige annehmen, Andere bestreiten, in der Einheit der Proceßvertretung bestehen. Allein diese Modificationen reichen durchaus nicht hin, um alle die Erscheinungen zu erklären, deren thatsächliche und vom Rechte anerkannte Existenz nicht abgestritten werden kann. Wie will man z. B. erklären, daß als Eigenthümer des Gesellschaftsvermögens zunächst nicht die einzelnen Mitglieder erscheinen, daß nicht jeder einzelne Theilnehmer als Eigenthümer zu ideellem Antheil in die öffentlichen Bücher eingetragen wird, daß Tradition der ideellen Eigenthumsquote an das neu eintretende Mitglied nicht erforderlich ist, daß der Gesellschaftsschuldner mit Forderungen gegen das einzelne Mitglied nicht compensiren kann?" (mein Syst. des österr. Privatr. I. §. 43 Note 12). Gerber hat in der angef. Abhand-

Digitized by Google

lung gegen ähnliche von Schüler in den juristischen Abhandlungen S. 249 fg. erhobene Bedenken das Princip der Societät für Vereine zu rechtfertigen versucht, deren Zweck es ist, einen Mittelpunkt geselliger Vergnügungen zu bilden. Gerber (S. 204) gibt übrigens (aus Gründen, denen ich nicht beistimmen kann) zu, daß „hier ein Verhältniß vorliege, welches vollkommen zur Grundlage einer juristischen Person qualificirt sey," er hält es daher auch „für angemessen, wenn sich ein solcher Verein die Eigenschaft einer juristischen Person beilegen läßt." „Ist dieß aber nicht geschehen, so sollen wir nicht berechtigt seyn, die juristische Persönlichkeit als sich von selbst verstehend anzunehmen, da kein Rechtssatz existirt, der für solche Vereine von selbst die Corporationseigenschaft entstehen ließe." (Ist das hier unter I. Ausgeführte richtig, so ist dieses Bedenken gegen die juristische Persönlichkeit solcher Vereine ungegründet.) In diesem Fall soll dann das „Princip der Societät mit gewissen Modalitäten entscheiden." Das sachliche Vermögen eines solchen Vereins (Haus, Meubles u. drgl.) soll nach Gerber (S. 205) Gegenstand des Miteigenthums der Theilnehmer seyn, während nach Kierulff kein Mitglied ein Ratenrecht am Gesellschaftsgut haben soll. Allein jenes ideelle Miteigenthum zuzugeben, wie erwirbt denn das neu hinzutretende Mitglied seine ideelle Quote? (Der Verlust der Quote des austretenden Mitglieds und das Anwachsen derselben an die andern böte allerdings keine Schwierigkeit l. 3. D. pro derel.) Warum werden nicht die einzelnen Mitglieder in das öffentliche Buch eingetragen? Wie kommt es, daß in Ländern, wo Juden vom Erwerb des Grundeigenthums ausgeschlossen sind, diese dennoch Mitglieder und zwar vollberechtigte Mitglieder eines solchen Vereins werden, welcher und obgleich er ein Haus besitzt? Nach Gerber soll „der innere Bau einer solchen Gesellschaft sich dann den Actiengesellschaften annähern"; hiernach könnte der Vorstand des Vereines die Execution der gegen ihn als Institor der Gesellschaft gerichteten Klage an den Gesellschaftsfond verweisen (Gerber Syst. §. 198); nach Walter (Syst §. 313) dagegen soll dieß hier nicht zulässig seyn, „weil die Vermögensverhältnisse solcher Gesellschaften nicht wie bei der Actiengesellschaft zur Kenntniß des Publicums gebracht werden." Gewiß ist Gerber's Ansicht die richtige, aber dieß eben muß uns, wie später zu zeigen versucht werden wird, bestimmen, solche Vereine für Corporationen zu halten.

Digitized by Google

Darüber insbesondere, ob Actiengesellschaften juristische Personen sind oder nicht, und was im letzteren Fall ihr juristisches Wesen sey, herrscht große Meinungsverschiedenheit; um nach keiner Seite hin Anstoß zu erregen und dieser wissenschaftlichen Frage nicht zu präjudiciren, ist in dem Art. 2 der allg. deutschen Wechselordnung die Actiengesellschaft neben den Corporationen und andern juristischen Personen insbesondere als wechselfähig aufgeführt worden (Bluntschli W. R. S. 17.). Brackenhöft (im R. L. V. S. 83 fg.) verzweifelt an der Möglichkeit, solche Gesellschaften juristisch zu construiren. „Die Existenz des ganzen Verhältnisses beruht auf Anomalien, die nach allgemeinen juristischen Grundsätzen dem Gebiet der Unmöglichkeit angehören" (S. 86). Sehr nahe liege zwar, meint Brackenhöft (S. 84), der Ausweg „eine dem Etablissement beiwohnende, sog. moralische Person als das Subject der aus den Geschäften entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen, ja es lasse sich die durch den Mangel eines Subjects entstehende Lücke in der Darstellung kaum anders ausfüllen, als so, daß man außer den socii und dem Vorsteher noch ein drittes Subject mit Rechten und Verbindlichkeiten aus jenen Geschäften aufstellt" — dennoch trifft Brackenhöft diesen Ausweg nicht, weil auch er in dem Irrthum befangen ist, daß es an einer allgemeinen die juristische Persönlichkeit solcher Gesellschaften anerkennenden Rechtsnorm fehle. Ebenso unbefriedigend aber ist es zu sagen, die Actiengesellschaft sey „streng genommen eine Capitalsvereinigung" „ihr Wesen bestehe in der durch Vertrag bewirkten Vereinigung mehrerer Geldmittel" (Gans Beiträge zur Revision der preuß. Gesetzgeb. Nr. XV), da die Actiengesellschaft sicher aus Personen, wenn auch ihr Vermögen aus Beiträgen dieser Personen, gebildet wird. Wenn Pöhls (das Recht der Actiengesellschaften §. 11) die Actiengesellschaft als eine Societät erklärt, auf welche sich im allgemeinen die Grundsätze von der Societät anwenden lassen (S. 54) und unmittelbar hierauf (S. 55) sagt: „die Actiengesellschaft ist nun diejenige moralische Person" u. s. f. (vgl. §. 26), so läßt sich dieß nur aus der Auffassung der ältern Schule erklären, welche jede erlaubte Gesellschaft ohne weiters als „moralische Person" ansah (mein System I. S. 319 fg.). Andere, wie Jolly in der angef. Abhandlung und Brinkmann Handelsr. §. 59, sehen die Actiengesellschaft als eine Art der angeblichen Gesellschaften mit formeller

Digitized by Google

(collectiver) Perſoneneinheit an, indem ſie meinen „es ſey weder Grund noch Nothwendigkeit vorhanden, dieſe Geſellſchaften als juriſtiſche Perſonen aufzufaſſen (Brinkmann S. 233) und „nur die Verborgenheit der Mitglieder habe zu der überflüſſigen und unrichtigen Annahme einer ſolchen geführt“ (Brinkmann §. 59 Note 10). Andere, wie Renaud Privatr. I. §. 57, Bluntſchli Privatr. II. §. 139, Beſeler Syſtem III. §. 223, wollen in den Actiengeſellſchaften deutſchrechtliche Genoſſenſchaften (Genoſſenſchaften mit juriſtiſcher Perſönlichkeit, ſagt Beſeler) ſehen. Andere endlich, wie Treitſchke in der Zeitſchrift für deutſches Recht Bd. V. Nr. XI. Schmid in der angef. Abhandl., Gerber Syſtem §. 198, Thöl Handelsr. I. §. 44 fg., Walter Syſtem §. 298 fg., Gengler Lehrb. §. 112 (S. 510. 511) und ſchon früher Kritz Sammlung von Rechtsfällen Band III. Nr. XIV. §. 4—6, glauben mit dem Begriff einer modificirten Societät ausreichen zu können (nicht ganz klar drückt ſich Savigny Obl. R. II. §. 64 Note f[1] aus). Auf dieſe Anſicht ſoll hier näher eingegangen und ihre civiliſtiſche Unhaltbarkeit (nicht bloß ihre „civiliſtiſche Ineleganz“) zu zeigen verſucht werden. Vor allem ſind in Anſehung des „ſachlichen Vermögens“ ſolcher Geſellſchaften dieſelben Bedenken zu erheben, welche bereits früher geltend gemacht wurden. Läßt es ſich nicht läugnen, daß die Actiengeſellſchaft als ſolche Eigenthum und dingliche Rechte haben kann, daß *ſie*, nicht die einzelnen Actionäre, in die öffentlichen Bücher inſcribirt wird, daß *ſie* an den Sachen der Actionäre dingliche Rechte haben kann und umgekehrt (vgl. Jolly in der Zeitſchrft Bd. XI. S. 326), ſo iſt hiermit zugegeben, daß die Actiengeſellſchaft mit ihren Mitgliedern nicht identiſch ſey, daß außerhalb dieſer Glieder die Geſellſchaft als eigenes beſonderes Rechtsſubject exiſtire, d. h. daß wir es hier mit einer Perſonenvereinigung zu thun haben, welche nicht den Charakter einer privata societas, ſondern den einer publica societas an ſich trägt. Ebenſo verhält es ſich in Anſehung der obligatoriſchen Rechtsverhältniſſe, in welchen die Actiengeſellſchaft ſteht. Wen ſoll der angebliche Inſtitor des Actienvereins repräſentiren? Die einzelnen Mitglieder? Dann wären aber dieſe wenn auch nur bis zu einem gewiſſen Betrage verhaftet, und der Gläubiger der Actiengeſellſchaft müßte ohne weiters das Recht haben, die Actionäre auf die Bezahlung der rückſtändigen Beiträge zu belangen; dieß iſt aber unbeſtritten un-

Digitized by Google

zulässig, und der Gläubiger kann nur im Weg der Cession das Recht auf die rückständigen Einzahlungen erwerben (Thöl I. §. 46 Nr. 1 Walter Syst. §. 307). Wenn die einzelnen Actionäre in der That die wirklichen „nur gegen Dritte nicht hervortretenden" Subjecte der Gesellschaftsforderungen und -Schulden sind, wie ist es möglich, daß die Actionäre ihre Actie veräußern, ja sammt den auf der Actie haftenden Verbindlichkeiten zur nachträglichen Einzahlung mit Einwilligung der Gesellschaft (nach manchen Statuten selbst ohne diese) auf Andere übertragen können? Wäre denn dann nicht die Einwilligung sämmtlicher Gläubiger der Actiengesellschaft hiezu erforderlich? Wie soll denn die Gesellschaft den nicht ihr, sondern dem Dritten Verpflichteten ohne die Einwilligung dieses Dritten seiner Verbindlichkeit gegen jenen entlassen können? Man sucht sich damit zu helfen, daß man sagt, der Institor des Actienvereins füge zu seiner natürlichen Persönlichkeit noch eine neue künstliche hinzu, nämlich die eines Complementärs (Gerber §. 198 Note 2, Thöl I. §. 45, 46 vgl. §. 36). Allein warum ist die Jurisprudenz gerade zu dieser Fiction berechtigt, und wo ist der allgemeine Rechtssatz, der dem Institor diese neue künstliche Persönlichkeit zuspricht? In der That ein solcher Rechtssatz existirt nicht, und existirt mit gutem Grund nicht (vgl. Brinkmann Handelsr. §. 59. Note 10). Wäre der Institor des Actienvereins wirklich als Complementär zu betrachten, so müßte er mit seinem ganzen Vermögen für die Gesellschaftsschulden einstehen und könnte die Execution nicht an den Gesellschaftsfond verweisen; es müßte das Geschäft als sein Geschäft betrachtet werden, während es doch feststeht, daß er als Vorsteher eines fremden Etablissements zu betrachten ist (Brackenhöft im R. L. V. S. 83); er müßte als der Eigenthümer des Gesellschaftsvermögens angesehen und daher in die öffentlichen Bücher als Eigenthümer inscribirt werden; bei einem Directionswechsel müßte das Eigenthum auf den neuen Director überschrieben werden, und bei Nichtzahlung der Wechsel einer Actiengesellschaft müßte der jeweilige Geschäftsführer in Personalarrest gesetzt werden können (vgl. dag. Art. 2 der d. W. O.). Ein solcher Directionswechsel könnte aber nicht einmal nach Belieben der Actionäre eintreten, da der Director als Complementär Träger der obligatorischen Verhältnisse wäre und zum Uebergang der Schulden wenigstens die Einwilligung der Gesellschaftsgläu-

Digitized by Google

biger eingeholt werden müßte, ganz abgesehen davon, daß die meisten jener Schriftsteller, welche die besprochene Ansicht vertreten, eine active und passive Singularsuccession in Obligationen gar nicht zugeben. Wie wäre es überhaupt bei dieser Auffassung möglich, daß trotz des Wechsels der Vorstände das Vermögen der Actiengesellschaft dennoch immer einem und demselben Subject gehörig bliebe? Die Fiction, der Vorstand sey Complementär, und zwar ein solcher welchem die wesentlichsten rechtlichen Consequenzen einer solchen Qualität fehlen, ist aus dem unabweislichen Bedürfniß hervorgegangen, für das Vermögen der Actiengesellschaft ein Subject zu finden; ihre Aufstellung beweist am deutlichsten, daß man mit den Grundsätzen der einfachen oder modificirten Societät bei diesen Gesellschaften nicht ausreicht. Treitschke (S. 328) weiset denn auch der Actiengesellschaft als solcher die Stelle des Complementärs zu, „es liege in der Idee der Actiengesellschaft, daß der Verein im Ganzen die Person dieses Complementärs bilde." Hiemit hat Treitschke zugegeben (vgl. Jolly S. 341), daß der Actienverein eine von den einzelnen Actionären verschiedene juristische Persönlichkeit habe. Und dieß ist denn auch in der That das Richtige. Die Actiengesellschaften sind die modernen societates publicae, corporative Erwerbsgesellschaften, sie sind juristische Personen, die Actionäre ihre natürlichen unmittelbaren Repräsentanten und die Directoren und Vorstände secundäre Repräsentanten (vgl. Puchta R. L. III. S. 71). Dieser Annahme steht der Umstand nicht entgegen, daß das geschriebene Recht jenen Vereinen nirgends den Charakter von Corporationen ausdrücklich beilegt. Warum trägt Gerber kein Bedenken die Wittwencassen für Corporationen zu halten, ohne sich hier darum zu kümmern, daß kein Rechtssatz ihnen diese Qualität ausdrücklich beilegt, und bloß deßhalb, weil nach seiner Ansicht bei diesen Vereinen das Princip der Societät nicht ausreicht (Syst. §. 192. Note 9)? Sind die vorstehenden Ausführungen richtig, so reicht auch bei den Actiengesellschaften das Princip der Societät nicht aus, und man ist genöthigt und daher wohl auch berechtigt dieselben als juristische Personen anzusehen. Ebensowenig aber steht der Umstand im Weg, daß in den meisten Statuten (vgl. Jolly 323) das Corporationsvermögen als Gesammteigenthum der Actionäre erklärt und bestimmt wird, daß jeder Actienbesitzer im Verhältniß des Nominalwerthes seiner Actie

Digitized by Google

einen Antheil am Gesellschaftsvermögen habe (vgl. Art. 99. des Entwurfs des deutschen Handelsgesetzbuchs in 2. Lesung); wird doch selbst in den römischen Quellen die Corporationscasse arca communis, der Corporationssklave servus communis genannt. Jene Bestimmung soll nur das Bewußtseyn der Actionäre aussprechen, daß ihnen nach Beseitigung der Mittelsperson, des künstlichen Subjects, endlich und schließlich dennoch das Vermögen gehöre. Dafür aber, daß solange die Gesellschaft besteht, das Vermögen einem künstlichen Subject gehört und die einzelnen Actionäre mittlerweile nur als Gläubiger der Gesellschaft erscheinen, spricht schon der Ausdruck Actie (action) sehr deutlich, der das Forderungsrecht (actio), den Anspruch der Mitglieder auf den Antheil am Gewinn (Dividende) bezeichnet. Man hat das Gewicht dieser etymologischen Instanz freilich in Abrede stellen wollen (z. B. Brinkmann §. 60, Walter §. 301), und behauptet, die Actie repräsentire vielmehr Miteigenthümerschaft (Savigny Oblig. R. II. S. 113); allein wie wäre es möglich, die Prioritätsactien, wie allgemein zugegeben wird (Savigny Obl. R. II. S. 114. Walter §. 307. Brinkmann S. 254, 255), dennoch als wahre Forderungsrechte zu betrachten, da ihr Unterschied von den Stammactien doch nur im Gegenstand der Forderung und in der ihnen eingeräumten Priorität, nicht aber in einer Verschiedenheit des Rechtes selbst bestehen kann? Daß die Actie ein Forderungsrecht repräsentire, zeigt sich auch darin, daß niemand in der Verpfändung einer Actie etwas anderes als ein pignus nominis sieht. Weil die Actiengesellschaft eine juristische Person ist, begründen ihre Wechsel keinen Wechselarrest; also nicht etwa, weil die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nur aus dem Gesellschaftsvermögen versprochen wird (wie Thöl I. §. 46. Note 3a nennt), sondern weil eine juristische Person als unkörperliches Individuum nicht in Haft gesetzt werden kann.

Als juristische Personen werden die Actiengesellschaften anerkannt in einer Entscheidung der Leipziger Juristenfacultät (mitgetheilt von Günther Observ. de consociationibus quae Actienvereine dicuntur 1842 pag. 5—8), von Reyscher in der Zeitsch. für deutsches R. Bd. XIII Nr. XI, von Gelpke in seiner Zeitschrift für Handelsr. 2. Heft Nr. I. (der aber freilich jede Handelsgesellschaft, sogar die offene und Commanditgesellschaft, als eine

Digitized by Google

juristische Person ansieht), von Kuntze (die Lehre von den Inhaberpapieren S. 500 fg., der aber schließlich S. 511 doch wieder auf dasjenige hinaus kommt, was schon Treitschke S. 328 gesagt hat) und wie ich eben (bei Absendung dieses Aufsatzes zum Druck) finde, von Hahn die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien §. 27. Als selbständiges Rechtssubject, also als juristische Person wird die Actiengesellschaft auch in Art. 196 des Entw. des deutschen Handelsgesetzb. (2. Lesung) anerkannt, indem gesagt wird: „Die Actiengesellschaft als *solche* hat *selbständig* ihre Rechte und Pflichten, sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden".

V.

Die Rechtsfähigkeit dieser modernen Vereine und Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit hat denselben Umfang, welchen, abgesehen von besondern Privilegien, die Rechtsfähigkeit einer Corporation überhaupt hat. Sie sind also (Savigny II. S. 281 fg.) fähig, Eigenthum und dingliche Rechte zu erwerben, in obligatorischen Rechtsverhältnissen als Gläubiger und Schuldner zu stehen, selbst zu klagen und beklagt zu werden (vgl. Art. 196 des deutschen Handelsgesetzb.-Entwurfs), mit Legaten bedacht (l. 20. D. de reb. dub.) und wohl auch in Testamenten zu Erben eingesetzt zu werden, da im heutigen Recht die Erbeinsetzungsfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer Corporation gerechnet wird (Arndts im R. L. III. S. 914 und Pand. §. 471. Anm. 3). Der Privilegien aber, welche manchen öffentlichen Corporationen zustehen, sind diese Privatcorporationen nicht theilhaftig; in diesem Sinn könnte es auch noch heutzutage für eine corporative Gesellschaft nicht ohne Bedeutung seyn, um die Verleihung der Rechte (d. h. der singulären Rechte) einer Corporation bei der Staatsgewalt anzusuchen. Werden aber solchen Vereinen auf ihre Bitte die Rechte einer Corporation verliehen, so ist dieß im Zweifel nur dahin zu verstehen, daß ihnen hiemit die Eigenschaft einer juristischen Person, nicht aber auch die Privilegien öffentlicher Corporationen, beigelegt werde, und dieß gilt selbst dann, wenn ein Gesetz (wie z. B. das österr. Gesetzbuch §. 1472) „erlaubten Körpern" ein jus singulare beilegt, da man im gewöhnlichen Sprachgebrauch unter Körpern (Körperschaften, Corporationen) nur Corporationen im engern Sinn, d. h. öffentliche Corporationen versteht (Reyscher in der Zeitschrift Bd. XIII. S. 386. 387). Unger.

Digitized by Google

X.

Neuere Unterſuchungen über das deutſche Sachenrecht.

Dr. B. Delbrück: Die dingliche Klage des deutſchen Rechts. Leipzig 1857.
Dr. Fr. Stein: Unterſuchungen über die Entwicklung und Fortbildung des deutſchen Sachenrechts. Erſte Abtheilung. Erlangen 1857.
Dr. C. G. Homeyer: D. Richtſteigs Landrecht. Berlin 1857. S. 439 ff.

I. Verſchiedene Grundgedanken der Römer und der Deutſchen über den Eigenthumsſchutz.

Die drei genannten Schriften beziehen ſich theilweiſe auf denſelben Rechtsſtoff; aber ſie behandeln ihn jede von einem andern Geſichtspunkte aus, und da ſie ziemlich gleichzeitig erſchienen ſind, auch ganz unabhängig von einander. Das Buch von Delbrück unterwirft die dingliche Klage einer eingehenden Prüfung, hebt die Gegenſätze des römiſchen und des deutſchen Rechtes energiſch hervor, verfolgt die Miſchung der beiderlei Rechtsſyſteme in den Darſtellungen der Gloſſatoren und der Praktiker, und indem es die Bewegungen der Geſetzgebungswiſſenſchaft bis auf die neueſte Zeit nachweiſt, zieht es auch für die Gegenwart ſehr erhebliche Folgerungen. Daſſelbe gehört jedenfalls zu den beſten Monographien über einzelne Rechtsinſtitute, welche die neueſte Zeit beſitzt.

Die Abhandlung von Stein, die vorerſt noch unvollſtändig vorliegt, vertieft ſich in eine quellenmäßige Begründung des mittelalterlichen Sachenrechts, berückſichtigt die römiſche Rechtsbildung nur ſo weit es zur Aufklärung der Gegenſätze nöthig erſcheint, ſchließt ſich vorzüglich an die Darſtellung des Sachſenſpiegels an mit gelegentlichen Rückblicken auf ältere Quellen, und verſucht die ſo gefundenen Rechtsanſchauungen philoſophiſch zu beleuchten. Stein

Digitized by Google

hat nicht die ausgebreitete Literaturkenntniß, welche die Schrift von Delbrück auszeichnet; er hat sich ein engeres Feld der quellenmäßigen Durchforschung abgegränzt, er verfolgt auch — wenigstens fürs erste — weniger unmittelbar praktische Tendenzen, als das historisch-dogmatische Verständniß des älteren Rechts; aber ein ernstes Streben nach Wahrheit und gründliches Nachdenken machen auch diese Arbeit sehr achtungswerth, und wenn gleich die Darstellung zuweilen etwas mühsam erscheint, so hat auch sie Resultate zu Tage gefördert, welche die Abmahnung Gerbers, sich weiter mit diesen unfruchtbaren Dingen zu befassen, als unreif erweisen.

Nur theilweise gehört auch das Werk von Homeyer hieher, welches sich streng an die Auslegung des hier zum erstenmal kritisch bearbeiteten Textes des Richtsteiges anschließt, aber eben deßhalb genöthigt ist, auch auf die Klagen des Mittelalters näher einzugehen.

Ich werde in der folgenden Besprechung zunächst von dem Delbrückischen Buch ausgehen und je nach dem Fortgang der Prüfung die beiden andern Schriften berücksichtigen.

Delbrück wendet unsere Aufmerksamkeit dem Rechtsschutze des Eigenthums zu. Die Römer gründen nach D. den Schutz des Eigenthums, in Gemäßheit seiner absoluten Natur, auf die Lehre vom Erwerb des Eigenthums. Um Eigenthümer zu seyn, muß man das Eigenthum erworben haben. Daher ist der Erwerb zu beweisen. Diese logische Forderung an den Kläger wird aber in der Praxis so hart, daß sie den Schutz des Eigenthums beinahe illusorisch macht; denn wenn es auch gelingt die Uebergabe der Sache zu Eigenthum zu beweisen, so reicht dieser Beweis nicht aus, weil neue Zweifel sich erheben, ob der vorige Besitzer selber Eigenthümer gewesen sey. Man muß dann immer auf eine ursprüngliche Erwerbsart des Eigenthums zurück gehen, und wie soll der Kläger diese jederzeit nachweisen können? Um diese Schwierigkeit zu überwinden, sind die Römer auf die Usucapion gekommen. Die actio publiciana dient vornehmlich, das Eigenthum zu schützen, während sie äußerlich nur den Usucapionsbesitz dinglich zu schützen scheint. Den Germanen dagegen ist die Lehre vom Erwerb des Eigenthums unbekannt (?). Wie noch heute ein Laie auf die Frage, wie der Mensch Eigenthum erlange, die verschie-

Digitized by Google

denen Arten, wie er zum Besitz der Sache gekommen, aufzuzählen pflegt, so war auch den Germanen der Gedanke des Eigenthumserwerbs nicht klar geworden. Der deutsche Rechtsschutz des Eigenthums hat einen relativen Charakter. Es wird nicht in abstracto entschieden, wer der Eigenthümer sey, sondern welche der beiden Parteien ein besseres Recht zum Besitz habe. (Vgl. auch die Abh. v. Delbrück in d. Zeitschr. f. D. R. XIV. S. 266.) „Der Schwerpunkt des römischen Eigenthumsschutzes liegt im Privatrecht, der Schwerpunkt des germanischen Eigenthumsschutzes liegt im Proceß. Damit soll aber nicht gesagt seyn, daß das Eigenthum selbst nicht Fundament des Eigenthumsschutzes gewesen sey; das Wesen des Gegensatzes liegt vielmehr im Beweise des Eigenthums."

Mit dem Schlußsatze bin ich völlig einverstanden, nicht ganz so mit der einleitenden Begründung. Gewiß ist es richtig, daß eine durchgreifende Verschiedenheit in den Institutionen des römischen und des deutschen Rechts darin zu erkennen ist, daß jenes einen absoluten, dieses einen relativen Charakter hat. Es zeigt sich das im öffentlichen, wie im Privatrecht in den mannigfaltigsten Anwendungen. Aber ich sehe nicht ein, wie aus diesem Gegensatze allein auch die Verschiedenheit des römischen und des deutschen Eigenthumsschutzes erklärt werde. Das Eigenthum an fahrender Habe ist im römischen und im deutschen Rechte ziemlich gleich absolut; und dennoch tritt die Differenz des Beweisverfahrens gerade hier sehr bestimmt hervor. Die römischen Servituten sind doch auch dem Eigenthum gegenüber relative Rechte, und dennoch sehen die Römer auch bei ihrer Begründung ebenso auf den Erwerb, wie bei dem Beweise des Eigenthums. Jener absolute Charakter des Rechts ist am wenigsten im Obligationenrecht ausgebildet, und doch fragen die Römer auch in diesem Gebiet zunächst nach der Begründung der Forderungen, und legen die Deutschen zwar, wenn es sich um den Beweis einer Forderung handelt, auf die Entstehungsform derselben (ob gerichtliches oder außergerichtliches, offenkundiges oder privates Versprechen) den Nachdruck, aber unterscheiden im übrigen die Obligation nach ihrem Inhalt.

Nach jenem ersten wichtigsten Gegensatze des absoluten und relativen Rechts kommt meines Erachtens noch ein zweiter Unterschied in Betracht. Die Römer sind überhaupt geneigt, immer zuerst nach

Digitized by Google

der Begründung eines Rechts zu fragen. Sie schließen aus der Entstehung auf die Art des Rechts. Deßhalb unterscheiden die römischen Juristen auch die Obligationen nach dem Entstehungsgrunde, anders als wir, die wir in unsern Systemen auf den Inhalt und die Richtung der Schuldverpflichtung in erster und auf die Form ihrer Begründung erst in zweiter Linie zu achten pflegen. Nicht weil die Römer das Eigenthum als absolutes Recht fassen, sondern weil sie aus der Begründung auf das Recht zu schließen gewohnt sind, hat das römische Recht die Erwerblehre des Eigenthums an die Spitze gestellt. Wer den Erwerb bewiesen hat, der hat das Eigenthum bewiesen, weil das Eigenthum, einmal erworben, als fortdauernd zu betrachten ist bis es dem Gegner gelingt, dessen Ende nachzuweisen.

Anders die Germanen. Die Frage des Erwerbs eines Rechtes ist ihnen nicht fremd, so wenig als den heutigen Laien. Jene und diese können leicht unterscheiden zwischen dem Erwerb und dem Bestand wie eines thatsächlichen Zustandes, so auch eines Rechtsverhältnisses. Die täglichen Rechtsgeschäfte, durch welche neue Verhältnisse begründet werden, machen ihnen diesen Gedanken ganz anschaulich, und es bedarf hier doch keiner schwierigen Abstraction. Aber auch der gebildete Laie verwechselt heute noch häufig Besitz und Recht, und zwar hauptsächlich deßhalb, weil dieses gewöhnlich in jenem erscheint. Das deutsche Recht achtet überhaupt mehr auf die Wirkung eines Rechts, als auf dessen Ursache, mehr auf die fortgesetzte Erscheinung und Bewährung desselben, als auf den Anfang desselben, mehr auf die Nutzung und das Ziel, als auf den Grund. Deßhalb frägt es auch in dem Rechtsstreit über Mein und Dein zunächst nach dem Besitz, in dem das Eigenthum zu fortgesetzter Erscheinung kommt und sich als wirksam bewährt. Dieser Gegensatz der beiden Rechte ist freilich selbst nur ein relativer, kein absoluter. So einseitig ist weder die römische Auffassung noch die deutsche, daß jene nur auf die Ursache (causa), nicht auch auf die Wirkung, und diese nur auf die Bewährung, nicht auch auf die Begründung achtet; aber die beiden Rechte sehen in umgekehrten Verhältnissen auf die beiden Momente.

Die deutsche Auffassung des Eigenthumsschutzes hat nun allerdings den praktischen Vorzug vor der römischen, daß sie jene

Digitized by Google

probatio diabolica des Eigenthumserwerbs vermeidet. Aber sie ist weniger logisch zwingend als die römische, indem sie den Eigenthumsstreit nur relativ, nicht rein entscheidet. In der That, sie entscheidet nur über das bessere Recht zum Besitz.

In dem modernen System des Grundeigenthums haben wir in Folge der Einführung der Grundbücher ein treffliches Mittel gewonnen, jene Schwierigkeiten des Erwerbsbeweises zu überwinden. Auf das Grundeigenthum läßt sich daher das römische Beweisverfahren unbedenklich anwenden, und es kann hier die Frage: Wer ist Eigenthümer? indem man auf den grundbüchlich leicht erweisbaren Eigenthumserwerb zurückgeht, mit Sicherheit und rein beantwortet werden.

Aber für den Eigenthumsschutz bezüglich der fahrenden Habe hat der Gedanke des ältern deutschen Beweisverfahrens heute noch eine erhebliche praktische Bedeutung. Da dient die Erscheinung und Bewährung des Eigenthums im Besitz dazu, das streitige Recht an der Sache relativ zu ermitteln.

II. Die Gewere.

Von diesem processualischen Standpunkt aus gewinnt D. nun eine neue Anschauung von der Gewere. Die Gewere — zunächst im Sinn des thatsächlichen Besitzes — gilt ihm insofern, und nur insofern „als Grundlage des deutschen Sachenrechts, als sie Grundlage des Beweisrechts ist auf dem Gebiete des Eigenthumsschutzes." (§. 6.) Der Besitzer ist näher zum Eid, womit er sein Recht an der Sache behauptet, als der Nichtbesitzer. Das römische Recht hat zwar die Regel auch melior est conditio possidentis, aber in anderem Sinn. Es gibt dem gegenwärtigen Besitzer den Vorzug vor dem Vindicanten, wenn dieser nicht seinen Eigenthumserwerb beweisen kann. Das deutsche Recht dagegen, welches ein Beweisrecht kennt und zunächst nicht wie das römische von der Beweislast spricht, schützt auch den ehemaligen Besitzer, als den besser bewährten gegen den jetzigen Besitzer.

Hier wird nun der Ort seyn, die Untersuchung von Stein einzuflechten. Während D. den Gegensatz von dominium und possessio, Eigenthum und Besitz, als einen cardinalen und selbstverständlichen an die Spitze stellt und den römischen Satz: nihil commune habet proprietas cum possessione wiederholt nachdrücklich betont, obwohl er doch selbst im römischen Rechte nur

Digitized by Google

eine relative Wahrheit hat, verlangt Stein, und für das ältere deutsche Recht mit Grund, daß die Untersuchung vorerst von diesem den Deutschen nicht ebenso klaren Unterschied absehe, und die Gewere nicht mit der possessio identificire, sondern in der Weise fasse, wie die älteren Quellen sie darstellen.

Gewere (in keiner Weise mit wehren verwandt, sondern von weren bekleiden abgeleitet) bedeutet sprachlich genau dasselbe was vestitio, vestitura, Einweisung in das Gut, d. h. die anfänglich körperlich vollzogene Uebergabe und Anhandnahme des Gutes. (S. 15 ff.) In Folge derselben hat nun der Besitzer ein von dem Geber hergeleitetes Recht die Sache zu haben und zu behalten. Die einfache Gewere wirkt nur dem Geber gegenüber, oder anders ausgedrückt, nur so weit der Geber jenes Recht zu „gewähren" vermag. (S. 20. 33.) Die gerichtliche Auflassung (Sala) der Grundstücke ist dann ihrer Form nach nur eine symbolische Uebergabe, indem Scholle und Zweig das Gut repräsentiren und der Veräußerer ebenso auf sein Recht es zu haben zu Gunsten des Erwerbers verzichtet, und dieser das Symbol ergreift und seinen Willen das Gut zu haben an dem Symbole äußert, wie das bei der ursprünglichen Uebertragung auf dem Grundstücke selbst geschehen war. (S. 23 ff.) Die darauf folgende wirkliche Einweisung specialisirte dann nur den im Ding geschehenen Act. Bis dahin konnte, auch wer im Ding zugegen war und keine Einsprache erhoben hatte, doch noch sein besseres Recht auf das Gut behaupten. War einmal durch das spätere „besitten und vrede wirken" der neue Zustand durchgeführt und waren die allfälligen Zweifel, welches Gut gemeint sey, beseitigt, so hatten die im Gericht Anwesenden sich verschwiegen; und auch ihnen gegenüber hatte der Erwerber nun ein Recht, das Gut zu haben und zu behaupten; ihnen gegenüber heißt aber hier nur, daß sie es nicht weiter stören dürfen, noch anfechten können, nicht wie gegenüber dem Geber selbst, daß sie auch dem Erwerber als Gewähren (auctores) zur Seite treten müssen. Indem die so begründete Gewere nach Jahr und Tag zur rechten Gewere wird, ist der Grundbesitzer von sich aus — ohne des Gewähren zu bedürfen — in den Stand gesetzt, sein Gutsrecht selber gegen jedermann zu behaupten. (S. 33. 45.)

Man sieht, wie nahe dieser Begriff der Gewere oder wenn

man will des deutsch-rechtlichen Besitzes dem Eigenthumsbegriffe steht, und wie schwer es daher den Deutschen werden mußte, schärfer und schroffer zwischen Besitz und Recht zu unterscheiden, obwohl sie noch vor dem Eindringen der römischen Theorien daran arbeiteten. Auch liegt die unzweifelhafte Relativität des Begriffs der Gewere nun civilrechtlich, nicht bloß processualisch vor. Dagegen wird nicht bloß das römische dominium, sondern auch die römische possessio absolut gefaßt. Das Recht eine Sache zu haben, kann mehr oder minder begründet, mehr oder minder ausgedehnt, der einen Person gegenüber gerechtfertigt, einer andern gegenüber ungerechtfertigt seyn. Das Eigenthum aber oder der vollkommene Herrschaftsbesitz kommt einer Person entweder rein und bestimmt aller Welt gegenüber zu oder gar nicht.

Delbrück entfernt sich von dem Sprachgebrauch der Quellen zu sehr, wenn er die Gewere lediglich als thatsächlichen Besitz und als Grundlage des Beweisrechtes auffaßt und wenn er bestreitet, daß in ihr auch ein dingliches Rechtselement enthalten sey. Der Sachsenspiegel insbesondere, dessen Verfasser freilich den Ausdruck Gewere mit Vorliebe braucht, aber auch die bewußteste und consequenteste Vorstellung damit verbindet, braucht den Ausdruck nicht bloß im Sinn des thatsächlichen Besitzes, sondern zur Bezeichnung jeder Art von dinglicher Herrschaft über das Gut und entschieden im Sinn einer berechtigten Herrschaft. Mag unser heutiges durch die römischen Juristen geschultes logisches Rechtsbewußtseyn noch so sehr sich dagegen sträuben, die Schöffen und Rechtskundigen des Mittelalters verbinden in ihren Ideen Besitz und Recht zu einem auf Besitzerwerb gestützten relativen Recht die Sache zu haben und zu behalten, und nannten dieses Recht Gewere, wie den Besitz, auf den es sich stützte und in dem es sich zeigte. Die Resultate, welche D. aus seiner abweichenden Annahme herleitet, werden deßhalb nicht gefährdet. Sie erhalten im Gegentheil nur ein besser erwiesenes Fundament.

III. Die dingliche Klage.

Bekanntermaßen hatte Albrecht, dessen meisterhafte Untersuchung über die Gewere auch heute noch allen weitern Forschungen vorleuchtet, die Ansicht ausgesprochen, die Gewere sey der einzige Grund aller dinglichen Klagen sowohl auf liegendes Gut als auf fahrende Habe. Im Gegensatz zu dieser Ansicht hat

Digitized by Google

Bruns den Beweis zu führen versucht, daß nicht die Gewere, sondern das Eigenthum der wahre Klagegrund der dinglichen Klage sey. Delbrück schließt sich darin an Bruns an. Auch er behauptet, weder der Besitz noch die Gewere, sondern das Eigenthum sey der Grund der Klage; aber D. erhebt die Bedeutung der Gewere von neuem, indem er den Beweis des dinglichen Rechtes auf sie gründet, und das Beweisrecht, sey es des Klägers, sey es des Beklagten, nach der Gewere bemißt. Stein hebt hervor, daß auch das deutsche Recht zwei Klagen kenne, welche ohne Rücksicht auf die rechtliche Qualität, lediglich den thatsächlichen Besitz wider gewaltsame Störung schützen sollen, und ähnlich den römischen Delictsobligationen aus den Interdicten auf „Missethat" gegründet seyen, nämlich die Gutsfrevelsklage und die Gutsberaubungsklage (S. 62 und S. 118 ff.), jene auf Schadensersatz und Wandel gerichtet, diese mit einer wahren Ungerichtsklage cumulirt und daher auf Strafe und auf Restitution gehend. Er unterscheidet aber davon die dingliche Klage auf das Gut (S. sp. I. 70) die er Gutsklage heißt, und stützt sie wieder auf die Gewere als das relative Recht auf das Gut. (S. 63.)

Trotz des Widerstreites der Meinungen ergeben sich einige Hauptsätze als unzweifelhaft:

1) Die Klage wird in vielen Fällen mit dem Eigenthum des Klägers begründet. Der Kläger schwört, daß die Sache sein sey.

2) Sie wird aber auch dem gestattet, aus dessen abgeleitetem Besitz sie gegen den Willen des Besitzers gekommen ist, und da ist es — trotz aller künstlichen Versuche, sie als Eigenthumsklage aufzufassen — unmöglich, die Klage aus dem Eigenthum zu erklären; zumal sie dem wirklichen Eigenthümer geradezu versagt und nur dem Entlehner, Miether, Faustpfandgläubiger gegeben wird, der nun Gewere, nicht Eigenthum behauptet und behaupten kann.

3) Auch wenn nicht Eigenthum, sondern Lehenrecht, Hofrecht u. s. f. als Klagegrund angeführt wird, ist es doch immer dieselbe dingliche Klage, die gegeben wird, um die Sache zu verfolgen. Es gibt nur Eine dingliche Klage im deutschen Recht, nicht mehrere, wie im römischen Recht.

Wenn wir das recht erwägen und uns zugleich an den verschiedenen juristischen Gedankengang der Römer und der Deutschen

Digitized by Google

erinnern, von dem oben die Rede war, so läßt sich ein neuer Standpunkt gewinnen, von dem aus jener Streit seine Erledigung und die scheinbaren Widersprüche ihre Erklärung finden.

Die Römer sehen, wie überhaupt zunächst auf den Grund, so auch hier auf den *Klagegrund*, um die Natur der Klagen zu bestimmen und zu unterscheiden. Daher der scharfe Gegensatz der petitorischen und der possessorischen Rechtsmittel, und hinwieder der rei vindicatio, der actio publiciana, der actio confessoria u. s. f. Die Deutschen dagegen sehen nicht zunächst auf den Klagegrund. Deßhalb verdunkelt sich ihnen der Gegensatz der petitorischen und der possessorischen Rechtsmittel, und deßhalb haben sie nur Eine Klage für die verschiedenartigsten Rechte auf die Sache. Sie sehen vielmehr auf den *Klagezweck*, auf das *Rechtsbegehren*, und dieses ist *Herausgabe der Sache von dem, in dessen Hand sie sich findet*. Daher die bezeichnenden Ausdrücke für unsere Klage: „sich zu der Sache ziehen, sich des Gutes unterwinden, die Sache ansprechen" u. s. f. Die deutsche Klage ist daher nicht eine bloße Eigenthumsklage, auch nicht eine bloße Gewereklage, sondern sie ist die nämliche dingliche Klage, ob sie aus Eigenthum oder aus Gewere ihre Begründung empfange. Sie ist eine dingliche, weil sie sich gegen den jeweiligen Innehaber der Sache wendet, weil sie die Sache ergreift, die Sache haben will, weil sie in dinglicher Form auftritt und eine dingliche Wirkung beabsichtigt, das Haben oder Wiederhaben der Sache. Der ganze Streit der Parteien ist daher nach deutschem Rechte nicht wesentlich ein Streit über das Eigenthum, sondern um das *Haben der Sache*. Der Beklagte will die Sache *behalten*, der Kläger will sie ihm *abgewinnen*. Erst in zweiter Linie fragen wir nach den Gründen des einen oder des anderen; diese Gründe können verschiedenartige seyn. *Wer die besseren hat, der gewinnt die Sache*. Aus dieser Auffassung folgt die *Relativität* auch dieses dinglichen Processes ganz von selbst, und D. selbst hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß der deutsche Richter nicht entscheide, wer Eigenthümer, sondern wer die Sache haben solle. Damit ist aber, genau erwogen, mittelbar zugegeben daß die Klage keine reine Eigenthumsklage sey. Die Gewere ist dann aber doch mehr als ein Beweisrecht für das Eigenthum, sie wird in Wahrheit zu einem relativen Klagegrund. Sie ist unter

Digitized by Google

Umständen das *bessere Recht auf die Sache*. Wir verstehen nun, wie das deutsche Recht zu einer sorgfältigen Abwägung der verschiedenen Gründe des Klägers und des Beklagten hat kommen können, die in solcher Weise dem römischen Rechte völlig fremd ist.

Die Fruchtbarkeit der von D. hervorgehobenen und im Einzelnen nachgewiesenen *Beweiskraft* der Gewere für das Eigenthum bleibt übrigens ein dankenswerther Fortschritt der Wissenschaft, wenn gleich wir diesem Gedanken, für die Erklärung der dinglichen Klage selbst, keine unmittelbare Anwendung zugestehen können. Für die spätere Rechtsbildung und für das heutige Recht ist dieser Gedanke von entschiedenem Einfluß.

IV. *Zwei Formen der Klage. Vorzug der besseren Gewere.*

Der Richtsteig unterscheidet mit Bezug auf die Verfolgung beweglicher Sachen zwei Formen der dinglichen Klage: 1) die sog. *Klage mit Anfang*, welche mit dem körperlichen Ergreifen der Sache eingeleitet wird, und 2) die sog. *schlichte Klage*, ohne körperlichen Angriff. Die Anfangsklage ist mit Buße und Gewedde verbunden im Fall der Abweisung, die schlichte Klage ohne Buße und Gewedde. Bei der ersteren ist das Innehaben des Beklagten offenbar, bei der letztern kann der Beklagte das Haben läugnen und der Klage dadurch entgehen. Gelingt aber dem Kläger die leibliche Beweisung, daß trotz dem Läugnen des Beklagten die Sache in dessen Besitz sey, so verwandelt sich nun die schlichte Klage in den Anfang (Homeyer S. 439 ff.). Dieser Unterschied, bisher zu wenig beachtet, ist nun durch die Homeyer'sche Bearbeitung des Richtsteigs für jedermann klar geworden.

In beiden Fällen muß der Beklagte, dessen Besitz der Sache offenbar oder eingestanden ist, angeben, wie das Gut in seine Gewere gekommen sey. Seine bloße Behauptung: „Ich habe die Sache, und daher gehört sie mir," genügt nicht. Warum nicht? D. antwortet (S. 42), weil der Kläger die *ältere* Gewere behauptet und diese der jüngern vorgeht. Versteht man unter Gewere auch ein relatives Recht auf die Sache, so hätte dieser Vorzug des älteren dinglichen Rechts allerdings einen guten Sinn; wenn aber Gewere, wie D. annimmt, nur Besitz wäre, dann wäre derselbe unbegreiflich; denn der wahre thatsächliche Besitz ist der gegenwärtige, nicht der vergangene; jener ist factisch besser als dieser. Ich kann mir keinen innern Grund denken, weßhalb der

Digitized by Google

frühere Besitz zur Zerstörung des gegenwärtigen Besitzes berechtigen sollte, außer wenn dieser verdächtig, mindestens grundlos erscheint. Das höhere Alter allein ist kein Grund.

Ich sehe daher mit Maurer (Ueberschau III. S. 339) den Grund der Anfrage an den Beklagten in dem Verdacht, welchen die Klage auf seinen Besitz als einen rechtswidrigen und grundlosen geworfen hat. Der Beklagte lenkt diesen Verdacht ab, indem er sich auf die Unverhohlenheit seines Besitzes bezieht und Auskunft darüber gibt, wie er dazu gelangt sey. Im übrigen aber kann die Antwort sehr verschieden ausfallen. Je nachdem der Beklagte eigenes Recht an der Sache oder nur Besitz behauptet und jenes oder diesen stärker oder minder begründet, ändert sich auch sowohl das Beweiserkenntniß, als das Urtheil in der Hauptsache. Es werden nicht bloß die verschiedenen Geweren, des Klägers und des Beklagten, sondern auch die verschiedenen Rechtsbehauptungen, abgesehen von Gewere, mit einander verglichen. Wenn man daher die Schrift von D. und unmittelbar nachher den Richtsteig liest, so fällt es auf, daß jener die Arten der Gewere ausschließlich darstellt, diese dagegen weniger systematisch, aber vielseitiger und freier die verschiedensten Behauptungen der Parteien auf die Wage bringt und vergleicht.

Wenn der Beklagte sein Eigenthum an der Sache behauptet, so ist er, eben um seines gegenwärtigen Besitzes willen, näher, selbdritt dieses Eigenthum zu beschwören und die Sache dem Beklagten abzugewinnen, als der Kläger, der auf die ältere Gewere gestützt sich zu demselben Beweis erbietet. Der Richtsteig c. 17. §. 2 hat einen für die ganze Frage sehr belehrenden Fall. Kläger fängt eine Sache an unter der Behauptung, daß dieselbe ihm gestohlen worden sey; Beklagter behauptet entgegen, er habe die Sache selber gezogen oder machen lassen. Beide Parteien nehmen das Beweisrecht in Anspruch; der Kläger, weil der Bestohlene mit besserem Rechte seine Sache wieder erhalte („wedder tu erigen"), als der Beklagte sie ihm vorenthalte, und der Beklagte, weil der (gegenwärtige) Besitzer näher sey, die ihm zugehörige Sache — „mine have" — zu behalten, als ein anderer sie ihm abzugewinnen. Die Schöffen finden: „he is neger de it in geweren heft", und lassen den Beklagten zum Schwur selbdritt zu.

Digitized by Google

Ebenso wird entschieden, wenn der Beklagte behauptet, die Sachen von seinen Vorfahren ererbt zu haben, deren Eigenthum sie gewesen. (Richtst. c. 16 p. 3.) Um seiner thatsächlichen Gewere willen ist er näher zum Beweis seines Rechts, als der Kläger, der sich auf die ältere Gewere stützt, zum Beweis des seinigen. Wie sehr relativ aber dieß genommen wird, zeigt unsere Stelle. Hat der Beklagte nur behauptet, er habe die Sache ererbt, so ist der Kläger näher zum Beweis berechtigt, der behauptet, er habe sie dem Erblasser derselben ausgethan; natürlich, denn in diesem Fall ist ja nur redlicher Besitz, nicht Eigenthum von dem Beklagten behauptet. Ja sogar dann bleibt der Kläger näher zum Beweise, wenn der Beklagte der Behauptung des Klägers nicht sofort die des Eigenthums seines Erblassers entgegensetzt, sondern mit der ungenügenden Gegenbehauptung, er habe die Sache geerbt, zufrieden ruhig abwartet ob dem Kläger das Beweisrecht zugesprochen werde, und nachher erst, wenn dieß geschehen, die Behauptung die Sache sey Eigenthum seiner Vorfahren gewesen, vorbringt.

Dieses Benehmen macht die Behauptung des Beklagten verdächtig, und der Beweis wird daher eher dem Kläger anvertraut.

Ganz regelmäßig aber ist der Kläger näher zum Beweise seines Rechts, wenn der Beklagte nur Besitz, obwohl redlichen Besitz, nicht Eigenthum an der Sache behauptet, aber nicht weil der ältere Besitz besser ist als der neuere, sondern weil es gerecht ist, daß der Besitzer dem Eigenthümer die Sache herausgebe, oder selbst dem ältern Besitzer, wenn dieser die Sache unfreiwillig aus seinem Besitze verloren hat und sich mit Recht zu der Sache zieht. Im Zweifel, an wen der bloße Besitzer, z. B. der Finder, die Sache herauszugeben habe, entscheidet das deutsche Rechtsgefühl zu Gunsten des Bestohlenen oder Beraubten, oder dessen dem das Thier entlaufen ist u. s. f., freilich auch nicht unbedingt, sondern nur, wenn derselbe selbdritt sein Recht auf die Sache — sey es Eigenthum, sey es rechtmäßige Gewere — zu beschwören vermag, und keineswegs, wenn der Besitz des Finders durch die Verjährung (6 Wochen nach dem Aufgebot) bekräftigt ist. Wäre der bloße frühere Besitz des Klägers, oder selbst der frühere und unfreiwillig verlorene Besitz desselben genügend, um den Beklagten zur Herausgabe zu nöthigen, so wäre jener Schwur über-

Digitized by Google

flüssig. Der behauptete Besitz begründet als solcher zunächst nur das Beweisrecht; damit der Kläger im Processe siege, muß der Eid hinzukommen, durch den der frühere Besitz wenn auch nicht nothwendig als Eigenthum, aber doch als ein Recht die Sache zu haben und zu behalten (Gewere im höheren dinglichen Sinn als relatives Recht die Sache zu haben und zu behalten) erwiesen wird.

Mit dem Willen hält der Deutsche seinen redlichen Besitz fest, wenn er ihn auch leiblich einbüßt. (Stein S. 73.) Er büßt ihn vollständig nur ein, wenn er ihn selber aufgibt. In dieser Beziehung zeigt sich wieder ein merkwürdiger Gegensatz zum römischen Recht. Insofern ist der deutsche Besitz geistiger, höher und dem Rechte näher gefaßt als der römische, der auch solo corpore verloren geht und mit dem Willen allein nicht behauptet werden kann, insofern aber ist jener wieder leiblicher, niedriger und der bloßen Thatsache näher gefaßt, als schon in der bloßen leiblichen Uebergabe einer beweglichen Sache zu selbständiger, wenn auch nur zu vorübergehender Herrschaftsübung, z. B. an den Miether oder Commodatar eine Aufgabe des frühern Besitzes und eine Begründung neuen Besitzes liegt, während das römische Recht umgekehrt, hier auf den animus domini achtend, diesen Personen nur detentio, keine possessio zuschreibt. (Stein S. 56 ff.)

In diesem Zusammenhang erklärt sich die dingliche Verfolgung der gestohlenen oder verlorenen Sachen leicht. Der Besitz, der als geistiges Verhältniß noch anerkannt und gegen jedermann geschützt wird, obwohl getrennt von der äußern Erscheinung der thatsächlichen Herrschaft, ist eben darum aus bloßem Besitz zu Recht potenzirt. Der Schutz auch der Gewere wird so nothwendig ein dinglicher.

Die Differenz zwischen unserer Auffassung des älteren Rechts und der Delbrückischen besteht also weniger in dem Resultat als in der Begründung, und selbst in dieser Beziehung finden sich in der Schrift von D. manche Aeußerungen, welche, consequent verfolgt, zu der ersteren führen. D. selbst hat den richtigen Weg gezeigt. Er wurde nur durch die zwar logisch richtige, aber historisch für das ältere deutsche Recht in solcher Schärfe unbegründete Scheidung von Recht und Besitz verhindert, jene Consequenz zu ziehen.

In praktischer Beziehung besteht der Hauptunterschied darin, daß D. schon der älteren Gewere als Besitz den Vorzug vor der jüngeren gibt, während wir nur dem älteren unfreiwillig verlorenen Besitz den dinglichen Vorzug vor dem jüngeren Besitz einräumen. Für die Verfolgung fahrender Habe ist überdem auch diese Differenz im älteren Rechte unerheblich, weil auch D. anerkennt, daß es nach deutschem Rechte keine dingliche, d. h. gegen jeden Dritten gerichtete Verfolgung gebe, wenn der Besitzer freiwillig die Sache einem andern gegeben hat. Er kann dann wohl die Sache bei dem auch anfangen, dem er sie gegeben, aber nicht gegenüber dem dritten Innehaber.

Aber auch in der Verfolgung von Grundstücken kommt der Unterschied nicht zum Vorschein; denn hier wird durch bloße thatsächliche Ueberlassung des Besitzes die Eigengewere nicht verloren, sondern nur durch gerichtliche Auflassung. Indem hier die Gewere — trotz der freiwilligen vorübergehenden Trennung von dem leiblichen Besitz — fortdauert, ist sie aber offenbar zum Recht gesteigert, und daß das ältere Recht dem jüngern Besitz vorgeht, ist an sich klar. Die auf S. 46 ff. von D. angeführten Stellen vergleichen nicht ältere und jüngere Gewere an sich, sondern die ältere Gewere *als Recht auf das Gut* und die jüngere *als bloßen Besitz an dem Gut, ohne Rechtsbehauptung*. Das ältere Recht aber ist erschienen und bewährt worden in dem älteren Besitz, und darum ist der Kläger näher zum Beweise und näher das Grundstück zu haben. So kann es auch nicht befremden, daß wo *zwei Gewereen als Rechte* neben einander bestehen können, wie zwei Zinsgewereen an demselben Gut, die ältere der jüngeren vorgeht. (Richtst. Lehnr. 29. §. 2.)

V. *Mischung von deutschem und römischem Recht.*

Neu und sehr verdienstlich ist die fleißige Nachforschung, welche D. in dem dritten Abschnitt nach den Veränderungen angestellt hat, welche durch die Bekanntschaft mit dem römischen Recht in dieser Lehre bewirkt worden sind. Auch hier zeigt eine tiefer gehende Prüfung, daß unser heutiges Recht das Resultat einer Mischung von römischen und deutschen Rechtsideen und Institutionen ist, und daher nur dann recht begriffen wird, wenn die beiden Elemente zuvor erkannt worden sind. Schon vor D. hatte Bruns erwiesen, daß manche Grundsätze, welche durch das be-

Digitized by Google

rühmte Werk von Savigny über den Besitz als unrömisch und als Mißverständnisse und Irrthümer der Praktiker verworfen worden sind, ihre richtige Erklärung und Begründung in deutschen Rechtsanschauungen finden. D. geht weiter und führt den Beweis, daß durch den Zusammenstoß der beiden Rechte keineswegs das deutsche Recht der Gewere ausgestoßen, sondern nur in römische Worte eingekleidet und dadurch allerdings umgewandelt worden sey. Die Vindication und die Interdicte der Römer wurden allerdings (und auch diese mit Modificationen) aufgenommen; aber zwischen beide wurde die dingliche Klage des deutschen Rechts eingeschoben. Leider ist das nicht mit bewußter Klarheit und Sicherheit geschehen, und so theilweise das römische Recht durch eine germanistische Auffassungsweise getrübt, theilweise das deutsche Recht durch eine romanistische Terminologie verkleidet und entstellt worden.

Die Gewere wurde mit possessio übersetzt, und die juristische Gewere, welche durch den Willen des Besitzers festgehalten wird, von den Italienern possessio civilis genannt. In den verschiedensten Gestalten aber wurde die dingliche Klage des deutschen Rechts mit ihrer Relativität und ihrer Bewährung durch den Besitz forterhalten. Man faßte sie aber meistens zu sehr als Besitzklage auf und vermengte so aufs neue, was das römische Recht als possessio und dominium bewußt auseinander hält.

Man legte sogar in das Interdict Uti possidetis die deutsche Klage hinein. Indem man den entsetzten Besitzer im Sinne der deutschen juristischen Gewere fortwährend als den wahren Besitzer erklärte, schützte man ihn sogar gegen den leiblichen Besitzer der Gegenwart. So wurde das Interdict, das von den Römern zum Schutz des gegenwärtigen Besitzstandes gegeben worden, in den Händen der Glossatoren zu einem recuperatorischen Rechtsmittel und sogar zu einer Klage gegen jeden dritten Besitzer. Nun begreift man, wie auch die Deutschen, den Italienern folgend, das Interdict für eine petitorische Klage halten konnten.

Als endlich bemerkt wurde, daß diese Auffassung des Ordinarium unrömisch sey, suchte man sie noch durch die Autorität des canonischen Rechts zu halten. Der Kampf darüber wurde in der Theorie und Praxis fortgeführt, bis Savigny in der Theorie der römischen Ansicht den Sieg verschaffte, freilich ohne zu bemerken, daß er damit wirkliches historisches Recht verletze. Die sächsische

Digitized by Google

Praxis aber hielt die ältere Meinung fest und fuhr fort, den Besitz, aber nur als den älteren, nicht als den derzeitigen, durch das ordinarium in dinglicher Richtung zu schützen. Die wirkliche Begründung aber war vergessen, bis D. sie wieder aufgedeckt hat.

In einer andern Gestalt erhielt sich die dingliche Klage des deutschen Rechts als Spolienklage. Die Glosse hat dieselbe hier untergebracht, auf den Canon Redintegranda als Anhaltspunkt sich stützend. Innocenz III. kannte dieses remedium noch nicht, das später allgemein wurde. Decretisten und Legisten stritten sich auch darüber. Zuletzt wurde die ganze Klage von J. H. Böhmer als in den Quellen nicht begründet angegriffen und allmählich aufgegeben.

Aber nicht bloß im Anschluß an römische Besitzklagen versuchte man das Bedürfniß zu befriedigen, welchem unsere dingliche Klage abhalf, wir finden auch Ansätze, um sie in Form der Rechtsklage zu retten. Am natürlichsten wäre es gewesen, sie zur Erweiterung der Publiciana zu gebrauchen und in diese Form aufzunehmen. Aus Mangel an klarem Bewußtseyn wurde das anfangs unterlassen, und nur gelegentlich lassen sich auch hier einzelne Stimmen vernehmen, welche diese Richtung anbahnen. Ein Bedürfniß wurde nicht gefühlt, so lange das Ordinarium und die Spolienklage zur Wiedererlangung des Besitzes verhalf.

Entschiedener wurde die dingliche Klage in den geschriebenen Rechten anerkannt, besonders als Klage des vormaligen Besitzers, der den äußern Besitz wider Willen verloren hatte. So auch in der Carolina zu Gunsten des Bestohlenen, Art. 208. in dem Bayrischen Landrecht II. 2. §. 9., verglichen mit den Anmerkungen von Kreittmayr im Anschluß an die Publiciana, aber ohne daß Kläger den wirklichen Titel zu erweisen braucht, wenn nur die probabilis opinio tituli offenbar ist; im preußischen Landrecht theils in der durchgeführten Relativität des Rechtes zum Besitz I. 7. S. 161. und als Klage aus unfreiwillig verlorenem Besitz I. 15 §. 36. 37; im französischen Recht Code civ. §. 2279. So erhielt sich der germanische Rechtssatz der römischen Wissenschaft zum Trotz unter verschiedenen römischen Namen, dann durch das canonische Recht, endlich durch Statuten und neuere Gesetze geschützt. In der Theorie wurde die dingliche Klage allmählich vergessen und verdrängt, abgesehen von der sächsischen Jurisprudenz

Digitized by Google

aber in den Quellen ist sie geblieben und das praktische Bedürfniß fordert sie heute noch. (§. 53—56.)

VI. Modernes Recht.

In dem zweiten Theile seiner Schrift behandelt D. die dogmatische Entwickelung des modernen Rechts. Er unterscheidet dreierlei dinglich wirkende Klagen, die alle auf den Besitz gestützt sind, nicht weil wir noch heute den Besitz mit dem Recht vermischen, sondern weil es angemessen erscheint, den Schutz des behaupteten Rechts dem grundlosen Besitzer gegenüber durch den Nachweis des früheren redlichen Besitzes des Klägers zu erleichtern:

1) Klage aus älterem redlichen Besitz;
2) Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen;
3) Klage aus älterem titulirten Besitz (Publiciana).

Die erstere Form des Rechtsschutzes haben wir schon im ältern Recht nicht hinreichend begründet gefunden, und noch mehr Bedenken haben wir dieselbe für das moderne Recht zu billigen. Die bestimmte Scheidung des Rechts und des Besitzes erkennen wir mit D. als einen Fortschritt der Rechtsentwicklung an; aber gerade darum können wir nicht zugeben, daß im übrigen bei gleichem redlichen Besitz des Klägers und des Beklagten, dem ältern und seither zerstörten Besitz des Klägers vor dem jüngern und noch lebendigen Besitz des Beklagten irgend ein Vorzug gebühre. Naturgemäß geht hier der gegenwärtige Besitz vor, den um der bloßen Klage willen schon für verdächtig zu halten, wir keinen Grund sehen. Wir fordern daher nicht mehr wie im ältern Recht, daß der Beklagte erkläre, wie er zu seinem Besitze gekommen. Wir respectiren ihn so lange als redlichen Besitzer als wir keine näheren Zweifel wahrnehmen.

Nur in dem Falle, wenn der Beklagte freiwillig anerkennt, daß ihm die Sache nicht gehöre, z. B. weil er sie gefunden hat, und bereit ist, sie dem herauszugeben der ein besseres Recht darauf nachweist, oder wenn der Kläger nachweist daß der Besitz des Beklagten ein verdächtiger und grundloser sey, geben wir zu, daß die Annahme sich rechtfertige, wer früheren redlichen Besitz daran erweise, habe damit auch sein behauptetes Recht daran so wahrscheinlich gemacht, daß die Sache eher ihm übergeben werden müsse als bei dem Beklagten verbleibe. Fast immer wird indessen hier der Kläger auch behaupten, er habe die Sache wider Willen aus

Digitized by Google

dem Besitz verloren, und dann ist die zweite Klageform begründet. Und nicht immer wird jene Vermuthung gerechtfertigt seyn. Wenn z. B. der Kläger A die Sache gefunden und früher besessen hat, und der Beklagte B dieselbe Sache später gefunden hat und nun besitzt, so ist für diesen kein Grund, sie dem früheren Besitzer A herauszugeben, dessen Besitz ebensowenig als Rechtsbewährung erscheint, als sein eigener.

Von größerer praktischer Bedeutung und besser begründet ist die zweite Form der dinglichen Klage aus Verlust des redlichen Besitzes wider Willen. Fälle der Art sind:

a) Die Sache ist dem Besitzer gestohlen oder geraubt worden.

b) Er hat sie verloren.

c) Ihm ist ein Thier entlaufen.

d) Die Sache ist ihm weggeschwemmt worden.

e) Durch die Behörde ist ihm eine Sache unrechtmäßig weggenommen worden.

f) Verlust des Besitzes durch den Stellvertreter des Besitzers. Nur kommt hier die Regel: Hand muß Hand wahren, soweit sie noch praktisch ist, beschränkend in Betracht. Jedenfalls hieher aber gehört die Veruntreuung durch einen Dienstboten.

g) Ein Willensunfähiger entäußert sich des Besitzes.

h) Aus Furcht wird der Besitz aufgegeben.

D. verlangt zur Begründung der Klage Beweis sowohl des frühern Besitzes als des unfreiwilligen Besitzesverlustes, und erklärt sich gegen meine im deutschen Privatr. §. 73 2. A. geäußerte Ansicht, daß für letztere Behauptung die Bescheinigung genüge. (S 317.) Die Meinungsverschiedenheit ist praktisch erheblich, und verdient daher eine nochmalige Erwägung. Wenn man mit D. die Klage schon aus älterem Besitz, abgesehen von dem unfreiwilligen Besitzesverlust, gestattet, so ist es freilich ziemlich gleichgültig, wie man jene Frage hier entscheide. Auch wenn der Beweis des Klägers, daß er die Sache verloren habe, mißlingt, so bleibt ihm die dingliche Klage dennoch, und er gelangt wieder zum Besitz der Sache. Wird dagegen die Klage aus älterem Besitz in der Regel nicht zugelassen, und ist nur die aus unfreiwillig verlorenem Besitz zulässig, dann ist der Erfolg dieser Klage wesentlich davon abhängig, ob man sich mit einer Bescheinigung des Verlustes begnüge, oder vollen Beweis fordere. Im letzteren Falle wird die Klage in den allermeisten

Digitized by Google

Fällen illusorisch. Ich kann es wohl wahrscheinlich machen, daß ich eine Sache verloren habe, aber sehr selten das beweisen. Könnte ich es beweisen, so könnte ich fast immer die Sache auch wieder selber finden, und ich hätte sie in Wahrheit nur liegen lassen, nicht verloren. Selbst der Diebstahl läßt sich gewöhnlich nur erweisen, wenn man den Dieb entdeckt, aber nur bescheinigen, wenn nicht auszumitteln ist, wer die Sache gestohlen habe, und doch kann auch in solchen Fällen die gestohlene Sache entdeckt und zurückbegehrt werden. Aber die Bescheinigung genügt schon für sich, um den Besitz des Beklagten als einen verdächtigen oder mindestens grund- und rechtlosen darzustellen; und wenn der Beklagte nur besitzt und kein Recht zu behaupten vermag, so ist es durchaus gerechtfertigt, ihn zur Herausgabe der gestohlenen oder verlorenen Sache anzuhalten. Faßt man die zweite Klageform in diesem Sinne, wodurch die Schwierigkeit auch des zweiten Beweises berücksichtigt wird, dann erscheint die Klage aus älterem Besitz als Regel überflüssig.

Ich meine übrigens, so wenig man sich bisher der Begründung wissenschaftlich klar war, sey in der Praxis doch durchweg so verfahren worden. Man verlangte nie einen strengen Beweis des Eigenthumserwerbs, noch selbst des Usucapionsbesitzes, wenn es sich darum handelte, gefundene Sachen oder gestohlene Sachen, gesetzt auch diese seyen nicht bei dem Diebe selber ergriffen worden, an den herauszugeben dessen früherer im Zweifel als redlich geltender Besitz erwiesen, und dessen Verlust wider Willen wahrscheinlich war.

Dem Beklagten stehen als Einreden zu a) die seines ältern Besitzes, b) des Eigenthums (bessern Rechts), c) der Veräußerung der Sache durch den Kläger; wir fügen hinzu d) für den Bereich der Regel „Hand muß Hand wahren" der Beschränkung der Klage um dieser Regel willen. Dagegen ist hier die Einrede eines bloßen Titels des Besitzers auf Seite des Beklagten unzureichend.

Die dritte Klageform ist die Klage aus titulirtem Besitz (§. 66. ff.). Die Publiciana ist völlig in die deutsche Klage aufgegangen und durch dieselbe ausgedehnt worden. Von da aus erhalten auch die bisherigen Controversen ein neues Licht.

Die Klage setzt voraus: a) frühern Besitz, b) Titel, c) fortdauernde bona fides, d) gegenwärtigen Besitz des Beklagten.

Digitized by Google

Der Kläger braucht nicht ſelbſt beſeſſen haben, wenn er ſich auf den Beſitz ſeines Erblaſſers beziehen kann. Dann muß aber der Beſitz des letzteren eine justa causa haben. Für den Erben, der ſelber beſeſſen hat, gilt Ererbung als Titel, es müßte denn der Beklagte nachweiſen, daß der Erblaſſer fehlerhaft beſeſſen. Beim Legat gilt die letztere Beſchränkung nicht (S. 322). Auf die Uſucapionsfähigkeit der Sache kommt es nicht mehr an. Dieſe Beſchränkung des römiſchen Rechts iſt unpraktiſch und verträgt ſich nicht mit der deutſchen dinglichen Klage.

Sicher wird dieſe Unterſuchung von D. über die Natur der dinglichen Klage einen wohlthätigen Einfluß wie auf die Fortbildung der Doctrin, ſo auch auf die Praxis üben, und die Bewegung dieſer im Sinne relativer Erwägung des Streites um das Haben einer Sache — was im Grunde noch heute der Streitpunkt der Parteien iſt — erleichtern. Die Grundanſchauung der Unterſuchung von Stein unterſtützt auch ihrerſeits denſelben Zweck, und ich zweifle nicht, daß Stein in der Fortſetzung ſeiner Schrift, deren baldige Herausgabe wir hoffen, neue Belehrung in derſelben Hauptrichtung bringen werde.

Bluntſchli.

Digitized by Google

XI.

Zur Lehre von der Correalobligation.

Girtanner, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht S. 75—79. 397—402. 568 (1850. 1851).
v. Savigny, das Obligationenrecht I. §. 16—27 (1851).
Brinz, kritische Blätter Nr. 4 (1853).
Bekker, die processualische Consumption §. 17 (1853).
Rückert, zur Theorie der Correalobligationen. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. XII 1 (1855).
v. Bangerow, Lehrbuch der Pandekten 6. Aufl. §. 573 (1856).
Kuntze, die Obligatio ꝛc. §. 30—57 (1856).
v. Helmolt, die Correalobligationen (1857).
Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechtes S. 138—178 (1855).
Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2. Aufl. II. S. 228—243 (1856).

Die Lehre von der Correalobligation ist in den letzten Jahren der Gegenstand einer Reihe von Bearbeitungen geworden. Es scheint an der Zeit, die Resultate derselben in einer übersichtlichen Darstellung zusammenzufassen. Der nachfolgende Aufsatz will dieß in der Weise versuchen, daß er sich, dem Zwecke dieser Zeitschrift gemäß, mit Vermeidung der Detailfragen an die leitenden Gesichtspunkte hält.

I.

Die herrschende Theorie setzt bekanntlich das Wesen des Correalverhältnisses darein, daß bei demselben nicht bloß der Gläubiger was er zu fordern hat, von Mehreren zu fordern habe, oder

Digitized by Google

der Schuldner, was er schuldig ist, Mehreren schuldig sey, sondern auch für alle diese verschiedenen Subjecte nur eine und dieselbe Obligation stattfinde, und sie unterscheidet von diesem Verhältniß das der bloßen Solidarität (Savigny: der unächten Correalität), bei dem der Mehrheit der Subjecte auch eine Mehrheit der Obligationen entspreche.

Wie man weiß, ist die Durchführung dieser Unterscheidung die Aufgabe und das Verdienst der Ribbentrop'schen Schrift über die Correalobligationen (1831). Mit Recht sagt Brinz von derselben, daß sie unter dem Scheine eines Beitrags Grund gelegt habe. Durch sie ist die bezeichnete Unterscheidung zur allgemeinsten Anerkennung gelangt, und lange Zeit hat niemand an der Begründetheit derselben gezweifelt. Um so lebhafter ist sie in der neuesten Zeit angefochten worden, die drei jüngsten Bearbeiter der Lehre von der Correalobligation, Rückert, Kuntze, v. Helmolt, sind sämmtlich als ihre Gegner aufgetreten. Während aber die Theorie, welche Ribbentrop vorfand, geneigt war die bloße Solidarität zu Gunsten der Correalität zu verkennen, schlagen die genannten Schriftsteller den umgekehrten Weg ein, und lassen die Correalität in die bloße Solidarität aufgehen. Sie behaupten, daß mit der Solidarität immer eine Mehrheit der Obligationen verbunden sey. Es ist dieß der erste Punkt, auf welchen die Aufmerksamkeit zu richten ist.

Die Gründe, aus welchen die herrschende Lehre in den Fällen, in welchen in den Quellen von duo oder plures rei credendi, debendi, — stipulandi, promittendi die Rede ist, Einheit der Obligation annimmt, sind: erstens, daß einer Reihe von Thatsachen, wodurch Obligationen aufgehoben werden, Wirkung für alle rei beigelegt wird, wenn sie sich auch nur in der Person Eines reus ereignet haben sollten. Zwar daß die Erfüllung, wird gesagt, in dieser Weise wirkt, besteht auch mit der Annahme einer Mehrheit der Obligationen, da auf jeden Fall durch die Erfüllung der einen alle ihres Gegenstandes beraubt werden; aber die gleiche Wirkung der Acceptilation, der Novation, der Litiscontestation, des Eides bleibt ohne die Annahme einer Einheit der Obligation unerklärlich. Zweitens beruft sich die herrschende Lehre auf eine Anzahl von Stellen, in denen den mehreren rei ausdrücklich una, eadem, communis obligatio zugeschrieben wird. Von der an-

Digitized by Google

dern Seite liegt in den Quellen auch manches vor, was gegen die Einheit der Obligation bei dem Correalverhältniß zu sprechen scheint. Denn wie bekannt, ist in anderen Stellen ebenso bestimmt von mehreren Obligationen der mehreren rei die Rede, und anderen Aufhebungsthatsachen, wie Confusion, capitis diminutio, wird Wirkung nur für den reus beigelegt, in dessen Person sie eingetreten sind. Es wird ferner in den Quellen anerkannt, daß der eine reus unter anderen Modalitäten berechtigt und verpflichtet seyn könne, als der andere, und mehrfach berechtigt und verpflichtet, wenn er einen andern reus beerbt habe. Jedoch ist alles dieses nicht der eigentlich treibende Gedanke der bezeichneten Opposition gegen die Einheit der Obligation. Als der eigentliche treibende Gedanke derselben stellen sich, wenigstens wo er, wie bei Rückert und Kuntze, klar hervortritt, theoretische Zweifel an der Denkbarkeit der Einheit des Rechts bei einer Mehrheit der Subjecte dar. Das Recht ist, wird gesagt, dasjenige was es ist, nicht bloß durch seinen Inhalt, sondern auch durch sein Subject; es kann nicht losgelöst von seinem Subject gedacht werden, und wird daher, wie ein anderes durch ein anderes Subject, so ein mehrfaches durch ein mehrfaches Subject; vergl. Rückert S. 3, Kuntze S. 119 §. 9. Der gleiche Gedanke klingt auch bei v. Helmolt an (S. VI. 18. 159. 160. 163), wird jedoch hier nicht eigentlich an die Spitze gestellt.

Dieser Gedanke ist nicht neu. Schon der ältere Hasse (Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft [1808] S. 47. 48 Note 1) hat ihn gegen die herrschende Auffassung der Correalobligation geltend gemacht. Unter den neuern Bearbeitern unserer Lehre hat ihn Bekker (S. 226) aufgenommen, und auch bei Brinz (S. 3, vgl. S. 28) findet er sich. Freilich zieht der letztere Schriftsteller aus demselben nicht die Folgerung, daß bei dem Correalverhältniß eine Einheit der Obligation nicht stattfinde, sondern nur die, daß die Loslösung eines Subjectes aus der Correalobligation an und für sich dieselbe für alle rei verrichten müsse, worüber unten das Nähere. Weiter in der Folgerung sind Bekker und Hasse gegangen, jedoch auch sie nicht bis zu einer vollständigen Läugnung der Einheit der Obligation. Vielmehr behauptet Bekker dieselbe ausdrücklich, und nimmt nur Mehrheit der Klagen an, während Hasse der Einheit der

Digitized by Google

Berechtigung eine Mehrheit der Verpflichtungen, und der Einheit der Verpflichtung eine Mehrheit der Berechtigungen gegenüberstellt. Dagegen schreiben Rückert und Kuntze, wie v. Helmolt, jedem der Correalgläubiger und -Schuldner in der That eine besondere, für sich bestehende Obligation zu. Da ist nun zuvörderst zuzusehen, ob es ihnen gelungen ist, diese ihre Theorie mit den Quellenaussprüchen in Einklang zu bringen.

Was zuerst die Stellen angeht, in denen ausdrücklich gesagt wird, daß für die mehreren rei nur Eine Obligation stattfinde (pr. J. de duobus reis, l. 116. D. de V. O., l. 3. §. 1. D. de duobus reis, l. 34. §. 1. D. de solut., l. 16. pr. D. de acceptil.), so machen denselben gegenüber Rückert und Kuntze übereinstimmend geltend: in diesen Stellen werde durch obligatio nicht das obligatorische Rechtsverhältniß, sondern die dasselbe begründende Thatsache bezeichnet (Rückert S. 5 — 8, Kuntze S. 161. 162). Dieser Erklärung kann meiner Ansicht nach nur der Werth eines Nothbehelfes, und kaum dieser, zugestanden werden. Schon Zusammenstellungen, wie: duo rei eiusdem obligationis (l. 116. D. de V. O.), eiusdem obligationis participes (l. 16. pr. D. de acceptil.) fügen sich schlecht zu derselben; vor allen Dingen aber ist zu erwägen, daß in den meisten jener Stellen durch die Hinweisung auf die Einheit der „obligatio" gerade das eigenthümliche Wesen des Correalverhältnisses bezeichnet werden soll, es aber im äußersten Grade zweifelhaft ist, ob das römische Recht zur Begründung desselben wirklich Einheit des Obligationsactes als unumgänglich nothwendig erfordert habe. Dagegen sprechen l. 3. pr. D. de duob. reis und l. 7. §. 1. D. de auct. tut. (Ribbentrop S. 113. 114, Bangerow S. 73), und auf jeden Fall für die Obligation des fideiussor ꝛc. ist es außer allem Zweifel, daß sie nicht durch denselben Act begründet zu werden brauchte, wie die des Hauptschuldners, — daß aber der fideiussor Correalschuldner sey, läugnen weder Kuntze noch Rückert. Noch weniger scheint mir eine andere Erklärung für sich zu haben, welche Kuntze (S. 163. 164) neben die hier angegebene stellt, daß nämlich in den genannten Stellen durch obligatio der Obligationsgegenstand, id quod in obligatione est, bezeichnet werde. Wenigstens beweisen die von Kuntze zur Unterstützung dieser Erklärung angeführten Stel-

Digitized by Google

len (l. 3. D. de cond. sine causa, l. 1. §. 8. D. de O. et A.) nicht das Mindeste.

Die Hauptaufgabe aber, welche jede Bestreitung der Einheit der Obligation im Correalverhältniß zu lösen hat, ist die, daß sie nachweist, wie es sich mit der Annahme einer Mehrheit von Obligationen verträgt, daß nicht bloß die Erfüllung, sondern auch eine Reihe anderer, oben genannter Thatsachen sämmtliche Gläubiger beseitigen und sämmtliche Schuldner befreien, wenn sie sich auch nur in der Person Eines Gläubigers oder Eines Schuldners ereignen.

Rückert (S. 31 fg.) erklärt diese Erscheinung aus einer Begünstigung des Schuldners. Als Grund dieser Begünstigung gibt er an: es habe durch dieselbe das Uebermaß der Gewalt des Gläubigers gebrochen werden sollen, wodurch sonst der Werth des Instituts für den Verkehr sehr vermindert worden wäre. Rückert meint näher: ohne diese Abschwächung der Gewalt des Gläubigers würden die Schuldner sich nicht haben bereit finden lassen, ein Correalverhältniß einzugehen; durch diese Abschwächung habe ihnen dasselbe erst annehmbar gemacht werden müssen. Daraus erklärt er auch, warum dieselbe Begünstigung nicht auf alle Solidarobligationen, und namentlich nicht auf diejenigen, welche die herrschende Theorie als bloß solidarische bezeichnet, erstreckt worden sey; diese beruhten nämlich auf gesetzlicher Vorschrift, so daß bei ihnen keine Veranlassung vorgelegen habe, das Verhältniß in einer dem Schuldner mehr zusagenden Weise zu gestalten. Was aber nun zunächst diesen letzteren Punkt betrifft, so gesteht Rückert selbst zu, daß es auch bloß solidarische Obligationen kraft Privatdisposition gebe (z. B. die mehrerer Mandatoren), und Correalobligationen kraft Gesetzes (z. B. bei den s. g. actiones adiecticiae qualitatis), und damit ist seine Erklärung schon widerlegt. Denn was er zur Rettung derselben vorbringt: bei den letzteren Obligationen habe man aus „Billigkeit" dasselbe angenommen, wie bei den übrigen Correalobligationen, und was die ersteren angehe, so sey es ja nicht nöthig gewesen, für den Schuldner in allen Fällen in gleicher Weise zu sorgen, kann denn doch in der That auf Beachtung keinen Anspruch machen. Jedoch auch abgesehen hiervon: wo ist denn jenes den Schuldner bedrückende Uebermaß der Macht des Gläubigers, welches Rückert bei der reinen Solidarobligation an-

Digitized by Google

nimmt? Daß der Schuldner einen andern Schuldner neben sich hat, der zu Demselben verpflichtet ist wie er, ist doch gewiß nicht drückend für ihn, und daß was er leisten muß, Mehrere von ihm fordern können, kaum. Und selbst zugegeben, es bestände eine solche bedrückende Uebermacht wirklich, und die Schuldner scheuten deßwegen die Eingehung des Solidarverhältnisses: warum muß denn das Gesetz dem Gläubiger helfen, dem ein solches Rechtsverhältniß wünschenswerth ist, warum überläßt es ihm nicht, sich selbst, durch mildernden Vertrag, zu helfen, — um so mehr, als ja eine jede solche Begünstigung des Schuldners immer zugleich eine Benachtheiligung desselben ist, indem sie nämlich seinen Credit mindert?

Die Untersuchung, welche Kuntze der vorliegenden Frage gewidmet hat (S. 172 fg.), ist viel gründlicher als die Rückert's, seine Ausführung viel reicher, und namentlich durch eine sehr sorgfältige Berücksichtigung der Quellen ausgezeichnet. Aber das Resultat, zu welchem er gelangt, ist ebensowenig befriedigend, ja wo möglich noch weniger befriedigend, als das Rückert'sche. Kuntze sucht den Grund, weßwegen Acceptilation, Novation ꝛc., wenngleich nur eine der in dem Correalverhältniß vereinigten Obligationen unmittelbar treffend, doch sämmtliche aufhöben, darin, daß diese Thatsachen nach dem Ausspruch der Quellen instar solutionis seyen. Es ist aber nun nicht seine Meinung, daß damit gesagt seyn solle, daß durch diese Thatsachen dem Gläubiger in gleicher Weise wie durch die Erfüllung, Befriedigung verschafft werde. Vielmehr verwahrt Kuntze sich hiergegen ausdrücklich (S. 190. 191), und erklärt, daß die Gleichstellung jener Thatsachen mit der solutio, welche sich in den Quellen finde, „nicht aus logischer oder organischer Nothwendigkeit, sondern aus theoretischer Reflexion entsprungen (sey)", daß sie nur auf „einer bloß formalen Nützlichkeitsrücksicht" beruhe (S. 227). Zu dieser Annahme war Kuntze aus einem doppelten Grunde genöthigt. Einmal hätte es ihm ohne sie an aller Erklärung dafür gemangelt, warum auch die Litiscontestation mit einem reus, worin doch gewiß keine Befriedigung liegt, ihre Wirkungen auf die anderen rei erstrecke; jetzt findet er diese Erklärung in der — doch auch selbst so sehr problematischen — Novationsnatur der Litiscontestation. Noch nothwendiger aber war ihm seine Annahme deßwegen, weil er sonst auf

Digitized by Google

die Frage, warum es sich bei den bloß solidarischen Obligationen mit der Wirkung der bezeichneten Thatsachen anders verhalte, nicht einmal einen Anfang von Antwort gehabt haben würde. Indem nun aber Kuntze den Satz, von welchem er ausgeht, in dieser Weise abschwächt, macht er denselben auch unfähig, zu leisten, was er leisten soll, und das Resultat ist, daß nun vollkommen unerklärt bleibt, was doch Rückert zu erklären wenigstens versucht hat. Denn daß jene Thatsachen, ohne in ihrem Wesen mit der Solution etwas gemein zu haben, aus „theoretischer Reflexion", wegen einer „formalen Nützlichkeitsrücksicht", der Solution gleichgestellt worden sind, vermag doch nicht zu erklären, daß sie wie diese wirken. Diese Gleichstellung erscheint jetzt nur als ein Ausdruck für ihre weiter gehende Wirkung, — sie wirken wie die Solution, — aber nicht als eine Erklärung derselben. Ferner aber, wenn nun einmal jenen Thatsachen aus irgendwelchem unbekannten Grund bei einigen Solidarobligationen dieselbe Wirkung, wie der Solution, beigelegt worden ist, warum ist es denn nicht bei allen geschehen? Die Antwort, welche Kuntze auf diese Frage gibt (S. 229 fg.), ist ebenso wenig befriedigend. Er macht geltend, daß diejenigen Solidarobligationen, bei denen dieß nicht geschehen sey, sämmtlich auf Delict beruhten, so daß bei ihnen keine Veranlassung vorgelegen habe, „die Correalitätsregel mit allen ihren gerade den Correalschuldnern so günstigen Consequenzen eintreten zu lassen". Aber wovon Kuntze hier ausgeht, ist eben nicht richtig; man denke nur an den schon genannten Fall mehrerer Mandatoren (plures mandatores eiusdem pecuniae credendae, l. 52. §. 1. D. de fideiuss.).

Ich wende mich zur Betrachtung der Art und Weise, wie v. Helmolt die alle Correalgläubiger und -Schuldner umfassende Wirkung der fraglichen Aufhebungsgründe von Obligationen mit der Annahme einer Mehrheit der Obligationen im Correalitätsverhältniß zu vereinigen gesucht hat. v. Helmolt macht zuerst als Erklärungsgrund „das Interesse des Verkehrs" geltend; im Interesse des Verkehrs habe man allmählich der Solution andere Aufhebungsthatsachen gleichgestellt (S. 137). Was er damit meint, hat er nicht näher angegeben. Auf die Frage, warum diese Gleichstellung nicht bei allen Solidarobligationen erfolgt sey, gibt er zur Antwort: man habe dabei auf die Natur der einzelnen Fälle ge-

Digitized by Google

ſehen. Bei „Delicten und Widerrechtlichkeiten“ habe man bald eingeſehen, daß man über die satisfactio des Gläubigers nicht hinausgehen dürfe (S. 140, vergl. S. 62. 67). Anders aber habe ſich die Anſchauung von ſelbſt „z. B.“ bei denjenigen Solidarobligationen geſtaltet, welche auf dem freien Willen des Erblaſſers oder der vertragſchließenden Parteien beruhten; denn hier habe es ſich lediglich um Interpretation des Willens gehandelt (S. 140). Indem der Verfaſſer darauf verzichtet, worauf er nicht hätte verzichten ſollen, für jeden einzelnen Fall der Solidarobligation nachzuweiſen, warum ſeine Natur dieſe oder jene Behandlung als maßgebend habe erſcheinen laſſen (vergl. jedoch auch noch S. 57. 58. 69. 82 — hiermit auch S. 74 —), ſetzt er alſo für die fortan allein in Betracht gezogenen teſtamentariſchen und vertragsmäßigen Solidarobligationen an die Stelle des Intereſſe des Verkehrs, von dem er zuerſt geſprochen hat, den Inhalt des die Obligation conſtituirenden Willens. Freilich läßt er denſelben nicht *immer* darauf gerichtet ſeyn, daß Acceptilation, Novation ꝛc. alle auf die nämliche Leiſtung gerichteten Obligationen tilgen ſolle, bei dem Creditvertrag z. B. auf das gerade Gegentheil. Das erkläre ſich „einfach“, meint er, „aus der Natur des Creditauftrages als ſolchen und der ſtrengern Beurtheilung und Willensinterpretation bei demſelben.“ Wie ſo? — darüber erfährt man nichts. Aber auch abgeſehen hievon: 1) aus welchem Grund darf denn in den regelmäßigen Fällen angenommen werden, daß die Erſtreckung der Wirkung einer Aufhebungsthatſache von einer Solidarobligation auf die andere dem Willen der paciscirenden Parteien oder des Teſtators gemäß ſey? 2) iſt der Wille der Parteien oder des Teſtators, und noch wohl der nicht ausgeſprochene Wille, überhaupt nur im Stande, einer Thatſache, welche an und für ſich nur eine Obligation aufhebt, aufhebende Wirkung auch für eine andere beizulegen? Zur Beantwortung dieſer letzteren Frage iſt gar kein Anſatz gemacht, ſie iſt nicht einmal geſtellt. Was die erſtere angeht, ſo hat der Verf. es nur in Betreff der Litisconteſtation verſucht, eine Antwort auf dieſelbe zu geben (S. 145 fg.). Hier habe, führt er an, die Interpretation eine „formelle Rechtfertigung“ in der Vergleichung der Litisconteſtation mit der novatio und dieſer mit der solutio, eine „innere Stütze“ aber im Intereſſe ſowohl der Correalgläubiger, als der Correalſchuldner gefunden, indem es

Digitized by Google

jedem Correalgläubiger habe wünschenswerth erscheinen müssen, sich die Leistung möglichst leicht für sich sichern zu können, jedem Schuldner aber, möglichst schnell befreit zu werden. Doch kann der Verf. sich natürlich nicht bergen, daß in dieser letzteren Beziehung das Interesse des Gläubigers, und somit sein präsumtiver Wille, auf das gerade Gegentheil führe. Hier nun will ich ihn selbst reden lassen (S. 146), um sicher zu seyn, daß ich ihm nicht Unrecht thue. „Durch die Befreiung der Schuldner schon in Folge der gegen einen derselben gerichteten petitio konnte allerdings dem Gläubiger ein großer Nachtheil erwachsen. Allein die Juristen einigten sich darüber, daß der Wille der Contrahenten oder des Erblassers im Zweifel dahin auszulegen sey. Wie viel Anhalt in dem damaligen Verkehr und allgemeinen Verkehrswillen, ebenso welchen Beifall die römischen Juristen für diese Annahme unter den Zeitgenossen fanden, läßt sich nicht bestimmen." Verzichtet nun so der Verf. an dieser Stelle auf die Rechtfertigung der von ihm behaupteten Willensinterpretation, so geht er an einer andern Stelle so weit, sie geradezu für ungerechtfertigt zu erklären. Auf S. 174 heißt es mit dürren Worten, daß die allgemein consumirende Wirkung der Litiscontestation „der wahren Absicht der Contrahenten und dem Verkehrswillen" keineswegs entsprochen habe! — Das Resultat also ist, daß der Verf. den von ihm behaupteten Willen der Parteien für keinen Aufhebungsgrund nachgewiesen, und für Einen als nicht vorhanden zugegeben hat. Da wird man es nicht auffallend finden, daß er das Bedürfniß empfunden hat, neben eine Erklärung, die ihm so geringe Dienste leistet, eine andere — dritte — zu stellen. Diese findet er nun in nichts anderem, als — der una obligatio der Quellen. Der „Vergleich" der Solidarobligation mit der gewöhnlichen einfachen Obligation habe sich den Juristen als ein „sehr bequemes theoretisches Hülfsmittel nicht bloß zur wissenschaftlichen Construction überhaupt, sondern auch zur Erklärung der bereits anerkannten praktischen Folgen mancher Ereignisse für plures obligationes, ja sogar zur Deduction mancher Consequenzen, zu denen man sich ohne diese, wenn auch nur formelle theoretische Beruhigung kaum entschlossen haben würde", dargeboten (S. 147. 148). Und zu diesen Consequenzen zählt er nun gerade die allgemein consumirende Wirkung der Litis.ontestation (S. 174, vergl. mit S. 146), — also der-

Digitized by Google

jenigen Aufhebungsthatsache, welche er unter allen allgemein wirkenden allein in nähere Betrachtung zieht.

Auf demselben Wege glaubt v. Helmolt auch (§. 22) eine Erklärung für diejenigen Stellen der Quellen finden zu können, welche den mehreren rei eine einheitliche Obligation zuschreiben. Das Wort obligatio bedeute in diesen Stellen weder Obligationsact noch Obligationsgegenstand, sondern sey ganz in seinem eigentlichen Sinn genommen. Aber die Hervorhebung der Einheit der Obligation sey eben auch nur „ein formell theoretischer Gesichtspunkt" (S. 159). Näher geht der Verfasser dabei nur auf l. 3. §. 1. D. de duob. reis ein; „die übrigen Stellen", sagt er, „bieten so wenig Schwierigkeiten dar, daß wir sie füglich übergehen können" (S. 174). In jener Stelle aber paraphrasirt er die entscheidenden Worte: utique enim, quum una obligatio sit, una etiam summa est, so (S. 171. 172): „denn überall (utique enim), wo man von dem formell theoretischen Gesichtspunkt einer una obligatio ausgehen kann (gesetzt, es wäre una obligatio vorhanden), folgt daraus auch von selbst die una summa (una etiam summa est)".

Das erheischt wohl eine besondere Widerlegung nicht, und ich denke, es darf überhaupt auf Grund des vorstehenden Berichtes ausgesprochen werden, daß die Versuche, welche die genannten Schriftsteller gemacht haben, ihre Auffassung der Correalobligation mit dem Quelleninhalt in Einklang zu bringen, sämmtlich nicht gelungen sind. In einer weit günstigeren Lage befindet sich den Quellen gegenüber die herrschende Theorie. Dieselbe erklärt die ihr scheinbar entgegenstehenden Aussprüche bekanntlich durch die zuerst von Keller aufgebrachte Unterscheidung zwischen dem objectiven Bestande und der subjectiven Beziehung der Obligation. Die Correalobligation, sagt sie, ist eine ihrem objectiven Bestande nach einfache Obligation, die aber nach der einen oder der anderen Seite, oder nach beiden, eine mehrfache subjective Beziehung hat. Daher die Beschränkung der Wirkung einzelner Aufhebungsthatsachen auf den reus, in dessen Person sie sich ereignen; es sind diejenigen, welche nicht den objectiven Bestand der Obligation, sondern nur ihre subjective Beziehung angreifen. Daher die Möglichkeit einer verschiedenen Modalität der Berechtigung und Verpflichtung der verschiedenen rei (l. 7. §. 2. l. 9. §. 2. D. de

Digitized by Google

duob. reis), und einer mehrfachen Berechtigung und Verpflichtung desselben reus in Folge Erbgangs (l. 13. D. de duob. reis, l. 5. D. de fidei. 46. 1., l. 93. pr. §. 1. D. de sol. 46. 3). Daher endlich auch die Aussprüche, welche jedem der rei eine besondere obligatio zuschreiben (l. 3. pr. l. 9. §. 2. l. 13. D. de duob. reis, l. 5. D. de fidei., l. 31. §. 1. D. de novat.). — Aber eben diese Trennung zwischen objectivem Bestande und subjectiver Beziehung der Obligation ist es, welche von den Gegnern der Einheit der Correalobligation für unzulässig, für logisch unmöglich erklärt wird, und so wenig sie für ihre Opposition durch die Art, wie sie sich mit den Quellen auseinandersetzen, einzunehmen vermögen, so wird derselben doch ein gewisses Gewicht so lange nicht abzustreiten seyn, als sie an diesem Punkte nicht widerlegt sind. Dieß soll in Folgendem versucht werden.

Will man das Verhältniß des Rechtes zu seinem Subjecte bestimmen, — ob von der Obligation in dieser Beziehung etwas Besonderes gilt, ist dann eine weitere Frage, — so thut man am besten, von dem einfachsten Falle auszugehen, dem, wo das Recht Einem Subjecte, und zwar einem einzelnen Menschen, zusteht. Unter Recht (im s. g. subjectiven Sinn) verstehen wir aber eine von der Rechtsordnung anerkannte Willensherrschaft, ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollen-Dürfen. Es fragt sich nun, ob es für das Bestehen eines Rechtes erforderlich sey, daß der Mensch, welcher als Subject desselben bezeichnet wird, dasjenige, was kraft des Rechtes gewollt werden darf, selbst wollen könne. Wie Jedermann weiß, ist diese Frage unbedingt zu verneinen. Menschen, welche aus zufälligen Gründen willensunfähig sind, sind deßwegen nicht weniger rechtsfähig. Schon an diesem Punkte wird es klar, daß das Verhältniß des Rechtes zu seinem Subjecte nicht das ist, daß das Subject den Inhalt des Rechts wollen dürfe, sondern daß dieses Verhältniß so gefaßt werden muß: Subject eines Rechtes ist dasjenige Etwas, um dessentwillen, für welches, das von der Rechtsordnung verliehene Wollendürfen vorhanden ist. Hierdurch allein wird es auch möglich, daß ein Etwas, welches nicht Mensch ist, zu einem Rechtssubjecte werden kann. Ein solches Etwas nennen wir eine juristische Person, indem wir ihm, dem tiefen Persönlichkeitszuge folgend, welche unsern Geist beherrscht, die Persönlichkeit, welche es nicht hat, in Gedanken beilegen. Aber

Digitized by Google

natürlich hat es deßwegen nicht weniger Persönlichkeit in der That nicht, und weil keine Persönlichkeit, auch keine Willensfähigkeit. Ist nun aber in dieser Weise das Recht nicht ein Wollendürfen eines bestimmten Subjectes, sondern ein Wollendürfen, welches um eines bestimmten Subjectes willen, für ein bestimmtes Subject, vorhanden ist, so ist nicht abzusehen, weßwegen ein Recht nicht auch mehreren Subjecten sollte zustehen können. Die Schriftsteller, deren Ansicht ich bekämpfe, gehen von der erstgenannten Auffassung des Rechtes aus, und so ergibt sich ihnen, daß das Recht eine Qualität des Subjectes sey, welchem es zugeschrieben wird; eine Qualität eines Dinges aber kann nicht zugleich die Qualität (dieselbe identische Qualität) eines andern Dinges seyn. Dieses Argument verschwindet, sobald man von der richtigen Auffassung des Rechtes ausgeht. Daß ein Recht um mehrerer Subjecte willen, für mehrere Subjecte, vorhanden sey, hat nichts Widersprechendes. Findet man es aber widersprechend, so muß man auch beim Miteigenthum jedem der Miteigenthümer ein besonderes Eigenthumsrecht zuschreiben. Denn wenn den Miteigenthümern Theile zugeschrieben werden, so beziehen sich dieselben doch weder auf das Recht, welches Theilung nicht verträgt, noch auf die Sache, welche eben nicht getheilt ist; es sind gedachte Theile, welche das Maß des Anspruchs eines jeden Berechtigten auf den Vermögenswerth der Sache bezeichnen, Theile am Vermögenswerth der Sache, Theile an der Sache, insofern unter Sache nicht ein körperlicher Gegenstand, sondern ein Etwas, was einen bestimmten Vermögenswerth hat, gedacht wird. Und bei Prädialservituten ist von Theilung überhaupt keine Rede; Niemand aber zweifelt daran, daß, wenn das herrschende Grundstück mehrere Eigenthümer hat, sowohl jeder derselben servitutberechtigt, als nur Eine Servitut vorhanden ist. Das Recht hat bloß dafür zu sorgen, daß, wenn es Mehreren ein und dasselbe Recht zuschreibt, es dieß nicht in einer Weise thue, daß dadurch ein Conflict zwischen den mehreren Berechtigten entsteht. Deßwegen ist bestimmt, daß das Eigenthum, welches die ausschließliche Herrschaft über die Sache gibt, nur durch den übereinstimmenden Willen der mehreren Berechtigten ausgeübt werden könne, während dadurch, daß z. B. einer über ein Grundstück geht, er den andern nicht hindert, auch seinerseits über dasselbe zu gehen, und daher bei Servituten jedem Berechtigten die volle Ausübung gestattet werden darf.

Digitized by Google

Bei Obligationen aber ist der Conflict zwischen den mehreren Berechtigten dadurch vermieden, daß durch die Forderung (Klage) des einen Berechtigten das Recht ausschließlich an seine Person geknüpft wird. — Was hier in Betreff obligatorischer Berechtigungen ausgeführt worden ist, ist auf obligatorische Verpflichtungen leicht zu übertragen.

Vielleicht ist mancher Leser geneigt, dem Vorstehenden eine zu große Ausführlichkeit vorzuwerfen. Es ist jedoch das Verhältniß des Rechtes zu seinem Subjecte in der neueren Zeit so sehr der Gegenstand des Zweifels und des Streites geworden, daß ich mir diese Ausführlichkeit nicht glaubte ersparen zu dürfen. Uebrigens liegt es auf der Hand daß durch die angestellte Betrachtung namentlich auch auf diejenige Gestalt, in welcher die Frage nach dem Verhältniß des Rechtes zu seinem Subject in der neueren Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit verhandelt worden ist, Licht fällt, ich meine die Frage, ob ein Recht ganz ohne Subject bestehen könne. Ist es richtig, wie es unbezweifelt ist, daß ein Recht ohne willensfähiges Subject bestehen könne, so kann es auch ohne Subject bestehen. In der juristischen Person haben wir ein gedachtes Subject, welches deßwegen, weil wir es denken, um nichts minder in der That nicht vorhanden ist; das Vermögen der Gemeinde, des Hospitals ꝛc. ist bei Licht besehen ein Vermögen, welches bestimmt ist, zu bestimmten Zwecken verwendet zu werden, und diesen Zwecken nicht abwendig gemacht werden darf. Warum soll das Recht nun nicht weiter gehen und Berechtigungen und Verpflichtungen mit Rücksicht auf einen gewissen Zweck, eine gewisse Bestimmung, schaffen und aufrecht erhalten können, ohne daß es eine Personification zur Hülfe nähme? Ich bin nicht der Meinung, daß wir die Personificationen, welche wir im Leben finden, aus dem Rechte ausweisen und daher bloß von Zweckvermögen handeln sollen, und nicht von juristischen Personen; aber wenn die Frage aufgeworfen wird, ob die Personification für die begriffliche Construction des Rechtes nöthig ist, so vermag ich keinen Grund zu entdecken, warum sie bejaht werden müßte*).

*) Der Satz: daß das Recht zu seinem Bestehen eines Subjectes nicht bedürfe, habe ich an anderen Orten behauptet (s. namentlich: die Actio des römischen Civilrechts S. 234 fg.), und ich bin seitdem eines Besseren nicht belehrt

Digitized by Google

Ich kehre zur Correalobligation zurück. Ich habe noch über die Ansichten zweier Schriftsteller zu berichten, welche zwar die Einheit der Obligation beim Correalverhältniß festhalten, aber dennoch von der herrschenden Auffassung abweichen. Der eine derselben ist Bekker, von dem schon oben die Rede war. Bekker, welchem die Trennung des objectiven Bestandes der Obligation von ihrer subjectiven Beziehung undenkbar erscheint, setzt an die Stelle der mehrfachen obligatorischen Berechtigung und Verpflichtung eine Mehrheit der Klagen. Wer ist nun aber das Subject der einen Obligation, wenn die mehreren rei es nicht seyn können? „Diese rei jedoch", setzt Bekker hinzu, „haben wir alle zusammen gewissermaßen als eine Gesammtheit zu fassen." (S. 227.) Gewissermaßen — also doch eigentlich nicht; was nur gewissermaßen eine Gesammtheit ist, ist in der That keine Gesammtheit. Oder wäre es doch eine Gesammtheit, so wäre ja das Subject der Correalobligation eine juristische Person, was Bekker gewiß nicht wahrzuhalten gemeint ist. Hat aber die Correalobligation zum Subject weder die einzelnen rei als solche, noch die rei als Gesammtheit, so ist sie ohne alles Subject. Diese subjectlose Obligation kann dann von mehreren Personen oder gegen mehrere Personen geltend gemacht werden, — das nennt Bekker: der Einen Obligation entspringt eine Mehrheit von Klagen. Ich halte diese Auffassung für an und für sich möglich, aber für nicht quellenmäßig. Den Quellen sind die mehreren rei wirklich Gläubiger und Schuldner,

worden. Am wenigsten durch Bering (Recension von Köppen, die Erbschaft, in den Heidelberger Jahrb. 1857. Sept.), welcher gegen diesen Satz geltend macht (S. 675, 676): das Gegentheil liege in der Natur der Dinge, und (mit specieller Beziehung auf die Lehre von der ruhenden Erbschaft) wenn mit dem Tode des Erblassers das Rechtssubject wegfalle, dann falle jedenfalls auch die rechtliche Herrschaft weg. Auch Kuntze hat neuerdings (die Lehre von den Inhaberpapieren, 1857) zwar seinen Widerspruch gegen die Denkbarkeit der Trennung des Rechtes von seinem Subjecte (S. 234, 244) wiederholt, aber neue Gründe nicht beigebracht. Auch in Betreff der Möglichkeit einer Singularsuccession in Obligationen hat Kuntze in dieser Schrift (§. 54—58) nichts wesentlich Neues vorgebracht. Was er zur Vertheidigung gegen mich (die Actio ꝛc. S. 155 fg., 177 fg.) anführt, übergeht die Hauptsache — die Art und Weise, wie er sich die Handlung als Object der Obligation denkt — und im übrigen wäre leicht darauf zu antworten. Doch ist eine solche Antwort weder hier am Orte, noch, wie ich glaube, überhaupt angezeigt.

Digitized by Google

und gar von einem Gegensatze zwischen actio und obligatio ist ihnen beim Correalverhältniß nichts bekannt, was übrigens auch Bekker nicht behauptet, da er die mehreren Klagen doch wieder als plures *obligationes* bezeichnet. Vergl. auch l. 9. pr. D. de pactis, wo den Correalgläubigern geradezu eadem actio zugeschrieben wird. — In anderer Weise hat sich Girtanner die Eine Obligation zurecht gelegt. Ihm ist dieselbe nicht eine gegenwärtige, sondern erst eine zukünftige. Sie ist einstweilen noch gar nicht vorhanden, sondern wird erst existent in der Person des Gläubigers, der sie ergreift, in der Person des Schuldners, von welchem aus ihr gefordert wird. Durch diese Auffassung wird Girtanner dazu gedrängt — da er doch in der Zeit vorher den Schuldner nicht ganz ungebunden lassen kann — vor die Correalobligation eine Mehrzahl anderer Obligationen zu schieben, der mehreren Gläubiger gegen den einen Schuldner, oder des Gläubigers gegen die mehreren Schuldner, darauf gerichtet, die Eine Obligation, welche die Correalobligation ist, gegen sich zur Existenz kommen zu lassen. Dieser Auffassung hat schon Kuntze (S. 122) ihre Künstlichkeit und ihre Unquellenmäßigkeit vorgeworfen. In der That sprechen die Quellen nicht von dem Entstehen, sondern von dem Bestehen einer una obligatio. Und auch davon wissen die Quellen nichts, daß z. B. die Acceptilation mit einem Schuldner, die doch diesen von der Correalobligation befreit, die übrigen Schuldner von einer Obligation ganz andern Inhalts befreite, nämlich der Obligation auf Existentwerdenlassen der Correalobligation.

Das Resultat ist demnach: daß alle diese neueren Oppositionen gegen die herrschende Auffassung des Wesens der Correalobligation sich als nicht stichhaltig erweisen*).

II.

Wenn die Regel aufgestellt wird, daß die Art und Weise, wie die einzelnen Obligations-Aufhebungsthatsachen auf das

*) Im Vorübergehen hat sich auch Stobbe (S. 159 Note 8) gegen die herrschende Lehre, und zwar gegen die Einheit der Correalobligation, ausgesprochen. Er beruft sich auf die Stellen, in denen von mehreren Obligationen die Rede ist, und bezieht die entgegenstehenden auf die Einheit des Obligationsactes und Obligationsgegenstandes. Daß die Hauptschwierigkeit für diese Ansicht in der allgemeinen Wirkung der oben genannten Aufhebungsthatsachen liegt, hat sich Stobbe, wie es scheint, nicht zum Bewußtseyn gebracht.

Digitized by Google

Correalverhältniß wirken, ob für sämmtliche rei oder nur für denjenigen reus, in dessen Person sie sich ereignet haben, davon abhänge, ob sie den objectiven Bestand der Obligation ergreifen, oder nur ihre subjective Beziehung, so ist mit dieser Regel natürlich darüber kein Aufschluß gegeben, welchen Aufhebungsthatsachen die eine, und welchen die andere Weise der Wirksamkeit zukommt. Diese sehr wahre Bemerkung findet sich bei Savigny (§. 18. g.), und so hat dieser Schriftsteller sich der von der Ribbentrop nicht gelösten Aufgabe unterzogen, für jede einzelne Aufhebungsthatsache die Art und Weise ihrer Wirkung sowohl aus den Quellen, als aus ihrer Natur, nachzuweisen (§. 18. 19). Die gleiche Aufgabe muß auch von denjenigen Schriftstellern gelöst werden, welche die Einheit der Correalobligation nicht anerkennen; nur daß der Ausdruck der Frage hier ein anderer ist, nicht gefragt wird: welche Thatsachen, und aus welchen Gründen jede, den objectiven Bestand der Obligation bez. die subjective Beziehung derselben ergreifen, sondern: welche Thatsachen, und aus welchen Gründen jede, auf alle im Correalverhältniß zusammengefaßten Obligationen bez. nur Eine Obligation wirken. Unter den hieher gehörigen Schriftstellern hat diese Untersuchung am genauesten Kuntze geführt (S. 172—229), am wenigsten genau v. Helmolt — er zieht nur die Litiscontestation und das pactum de non petendo in nähere Betrachtung und lehnt die Erstreckung der Untersuchung auf die übrigen Aufhebungsthatsachen ausdrücklich ab, „weil er davon keinen erheblichen Nutzen erwarte" (S. 151); was Rückert angeht s. S. 32—55 seines Aufsatzes.

Es ist nun aber nicht meine Absicht, auf diesen Punkt näher einzugehen. Und zwar deßwegen, weil die Frage, welche Aufhebungsthatsachen auf das Correalverhältniß in der einen und welche in der andern Weise wirken, zu den Detailfragen gehört, und weil die fernere Frage, warum jede Aufhebungsthatsache in der ihr eigenthümlichen Weise wirkt, die Natur der einzelnen Aufhebungsthatsachen angeht, und nicht die Natur der Correalobligation. Dagegen glaube ich an diesem Orte etwas Näheres über eine schon oben berührte Ansicht von Brinz sagen zu müssen, weil dieselbe weniger die Natur der einzelnen Aufhebungsthatsachen, als die Auffassung des Correalverhältnisses selbst betrifft. Brinz (S. 3—6. 29—33) ist der Meinung, der Grund, warum die ein-

Digitized by Google

zelnen Aufhebungsthatsachen auf alle rei oder nicht auf alle rei wirkten, sey nicht der, daß sie den objectiven Bestand oder nur die subjective Beziehung der Obligation ergriffen. Es gebe gar keine Ereignisse welche bloß auf die Person wirkten. In unseren Systemen mögen und müssen wir Personen und Rechte von einander ablösen und hinstellen, als ob sie getrennt von einander gehen und stehen könnten; aber darum sind Bücher Bücher und Leben ist Leben. Kein Wort, keine Abstraction, keine dieser Distinctionen vermag den Zusammenhang zu brechen, der zwischen dem Gläubiger und seiner Forderung, dem Schuldner und seiner Schuld besteht" (S. 3). Ich habe schon oben angedeutet, daß meiner Ansicht nach Brinz von diesem Ausgangspunkte auch die Einheit der Correalobligation hätte läugnen müssen. Ist in der That ein Ereigniß, welches den Reus betrifft, nothwendigerweise auch ein Ereigniß, welches die Obligation betrifft, so ist der Reus der Obigation zu ihrer Existenz, damit sie sey, was sie ist, wesentlich, dann macht aber auch ein zweiter Reus eine zweite Obligation. Mir scheint dieser Schluß nicht abzulehnen zu seyn; vgl. auch S. 28, wo Brinz geradezu von einer mit der Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern nothwendig zu denkenden Mehrheit von Obligationen spricht. Doch dem sey wie ihm wolle. Brinz hält nichtsdestoweniger die Einheit der Correalobligation sehr entschieden fest. Wie erklärt er aber nun die beschränkte Wirkung gewisser Aufhebungsthatsachen wirklich? Aus dem Willen der Parteien; es liege nicht in ihrer Absicht, daß durch diese Thatsachen alle Gläubiger beseitigt, alle Schuldner befreit werden sollen. Hiergegen scheint eingewendet werden zu müssen, daß nicht abzusehen ist, wie der Wille der Parteien, und gar der nicht erklärte Wille, im Stande sey, die Wirkung einer Thatsache, welche an und für sich für alle rei wirkt, auf Einen reus zu beschränken. Vermag er es aber, so gibt es ja doch wieder Thatsachen, welche nur auf die Person wirken, oder, wie die herrschende Meinung dieß ausdrückt, welche nur die subjective Beziehung der Obligation ergreifen. Ich muß gestehen, daß ich nicht sicher bin, ob ich Brinz vollständig verstanden habe; auch sein Lehrbuch (S. 618. 619) gibt weiteren Aufschluß nicht. Es scheint angenommen werden zu müssen, es habe Brinz, ausgehend von der richtigen Betrachtung, daß der Gegensatz zwischen Thatsachen, welche auf den objectiven

Digitized by Google

Beſtand, und ſolchen, welche auf die ſubjective Beziehung der Obligation wirken, an und für ſich noch keinen Aufſchluß über die Art und Weiſe der Wirkung einer jeden Thatſache gebe (vgl. S. 5), ſich zu weit fortdrängen laſſen. Ich glaube aber auf Grund des Vorſtehenden ausſprechen zu dürfen, daß auch dieſer Angriff gegen die herrſchende Unterſcheidung zwiſchen objectivem Beſtand und ſubjectiver Beziehung in der Correalobligation an derſelben irre zu machen nicht geeignet iſt.

III.

Liegt das Weſen des Correalverhältniſſes darin, daß trotz der Mehrheit der Subjecte nur Eine Obligation vorhanden iſt, ſo entſteht die Frage: welches iſt der treibende Gedanke dieſes Verhältniſſes? Das Natürliche ſcheint es zu ſeyn, daß wenn Thatſachen, wodurch Obligationen begründet werden, ſich von Seiten des Gläubigers oder des Schuldners auf mehrere Perſonen beziehen, durch Rechnung die ſcheinbar einfache Obligation in ſo viele einzelne von einander unabhängige Obligationen aufgelöst werde, als Perſonen auf der einen Seite derſelben ſtehen (Savigny S. 137). Warum wird bei dem Correalverhältniß von dieſer einfachſten und natürlichſten Betrachtung abgewichen?

Auf dieſe Frage hat die Antwort zuerſt Savigny, wo nicht gegeben, doch zu einem präciſen Ausdruck gebracht (§. 22). Die praktiſche Bedeutung des Correalverhältniſſes, ſagt er, liegt darin, daß dadurch dem Gläubiger eine freiere Macht in der Verfolgung der Schuld gegeben werden ſoll. Es iſt ihm bequemer, wenn er eine Klage, ſtatt ſie zwiſchen mehreren Schuldnern theilen zu müſſen, gegen Einen allein richten kann. Er hat größere Sicherheit, wenn er unter mehreren Schuldnern denjenigen auswählen kann, bei dem er am eheſten Befriedigung zu finden erwarten darf. Bei einer Mehrheit der Gläubiger wird zwar durch Einheit der Obligation größere Sicherheit nicht erreicht; aber der Geſichtspunkt der Bequemlichkeit macht ſich auch hier geltend.

Dieſe Formulirung der praktiſchen Bedeutung des Correalverhältniſſes iſt als ein weſentlicher Fortſchritt unſerer Lehre anzuſehen, und iſt als ſolcher allgemein begrüßt worden. Aber auf alles, was man wiſſen möchte, iſt doch auch durch ſie Antwort nicht gegeben worden. Sie gibt Antwort auf die Frage: warum

Digitized by Google

Correal- und nicht Theilobligation; sie gibt keine Antwort auf die Frage: warum Correalobligation, und nicht Solidarobligation schlechthin? Wenn jeder der mehreren Gläubiger das Ganze fordern und von jedem der mehreren Schuldner das Ganze gefordert werden kann, für jeden aber eine besondere Obligation besteht, so ist die Bequemlichkeit für die Gläubigerseite dieselbe, die Sicherheit aber eine noch größere, da jetzt Ereignisse, die in der Person des einen Reus eintreten, abgesehen von der Erfüllung, auch nur für diesen wirken, nicht zugleich die andern Gläubiger beseitigen, und die andern Schuldner befreien.

Diese Seite der Sache hat Brinz aufgegriffen (S. 8), und ich erblicke hierin das Hauptverdienst seiner Abhandlung. Auch was er zur Lösung der aufgeworfenen Frage beibringt (S. 18—29), ist zunächst und im Ganzen gewiß das Richtige; aber ich fürchte, Brinz hat es durch einen Zusatz getrübt, mit dem wenigstens ich mich nicht befreunden kann.

Das was ich für das Richtige halte, möchte ich so ausdrücken. Um die Einheit der Obligation im Correalverhältniß verstehen zu können, darf man nicht von einem eigentlichen Getheiltseyn derselben ausgehen. Geht man davon aus, so gelangt man nothwendigerweise zur reinen Solidar-, und nicht zur Correalobligation. Wenn von Mehreren eigentlich Jeder seinen Theil schuldet, und dem Gläubiger soll dadurch größere Sicherheit und Bequemlichkeit verschafft werden, daß Jeder für das Ganze haftbar gemacht wird, so wird man zu der Schuld eines Jeden hinzulegen, was der Andere schuldig ist, so daß jede Schuld auf den Gesammtbetrag Aller wächst, aber man wird nicht Jedem seine Schuld abnehmen, um eine neue Allen gemeinsame zu constituiren. Anders, wenn von vornherein, im Sinne des Gesetzes oder der Parteien, nur Eine Schuld vorhanden ist; wenn dann beliebt wird, daß dieselbe zwischen den mehreren Personen, welche sie angeht, nicht gespalten werden solle, so wird nothwendigerweise Jeder, wenn auch Schuldner auf das Ganze, doch Schuldner in derselben Schuld. So ist es z. B., wenn derjenige, welcher von Mehreren um ein Darlehne angegangen wird, sich weigert, die daraus sich ergebende Forderung zwischen den Mehreren zu spalten; er will nicht mehrere Darlehne geben, sondern nur ein Darlehen, und daher auch nicht mehreremale Gläubiger werden, sondern nur einmal; er will aber, wor-

Digitized by Google

auf er Gläubiger wird, nicht bloß von Einem fordern können, sondern von Jedem. Ebenso, wenn der Gläubiger sich weigert, zwischen Mehreren, die mit ihm einen andern Vertrag, Kaufvertrag, Miethvertrag ꝛc. einzugehen wünschen, seine Forderung zu theilen; er will nur einmal verkaufen, verpachten ꝛc., aber die dadurch erlangte Eine Forderung gegen jeden Contrahenten geltend machen können. In gleicher Weise will der Erblasser, der Diesen „oder" Jenen mit einem Vermächtnisse beschwert, nur einmal vermachen; aber dieses Eine Vermächtniß soll seine Eine verpflichtende Wirkung auf mehrere Personen erstrecken. Der sponsor fidepromissor und fideiussor sodann versprechen die Schuld des Hauptschuldners; das Band, welches Jenen bindet, wollen sie auf sich erstrecken; sie wollen sich nicht durch ein neues Band binden; ebenso verhält es sich umgekehrt mit dem adstipulator. In gleicher Weise erstreckt der Prätor die Schuld des Hausſohnes und Sklaven auf den Vater und Herrn. Aus den Delicten endlich und schadenden Handlungen der Sklaven und Thiere entsteht nur Eine Obligation, weil die erzeugende Thatsache eine einige ist, dieselbe erstreckt sich aber auf jeden der mehreren Eigenthümer ganz, weil jeder ganz Eigenthümer ist (wenn auch nicht Eigenthümer auf das Ganze), wie auch der Erwerb durch den Sklaven an jeden ganz fällt und Theile nur durch Concurrenz entstehen (l. 1. §. 4. D. de. stip. serv., l. 12. D. de. auct. tut.). Was die Correalität bei Untheilbarkeit der Leistung angeht, so braucht hier, wenn überhaupt Correalität stattfindet, die ursprüngliche Einheit der Obligation nicht erst nachgewiesen zu werden.

Um nun zu Brinz zurückzukehren, so geht derselbe, ebenso wie hier geschehen, von der natürlichen Einheit der Correalobligation aus; „das Künstliche liegt bei der C. O. nicht in der Einheit der obligatio sondern in der Mehrheit der selbst obligirten oder berechtigten Personen." „Natürliche Einheit scheint uns demnach Grund und Princip der in der C. O. obwaltenden Einheit zu seyn" (S. 27). Aber dabei bleibt Brinz nicht stehen; sondern er fügt hinzu: der „Stoff, aus dem die künstliche Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern Einer und derselben obligatio gebildet wurde," sey die „Vertretung". Brinz meint damit: die Correalobligation entstehe dadurch, daß Jemand als Vertreter des eigentlichen Gläubigers und Schuldners neben diesen trete. Ich

Digitized by Google

halte das für keinen glücklichen Gedanken. Schon das macht Brinz Mühe, diese Vertretung überall nachzuweisen; in Betreff der Correalität bei Untheilbarkeit der Leistung gibt er es ganz auf, und in Betreff der Correalität aus alternativer Vermächtnißbeschwerung fast. Das Nähere muß ich hier übergehen (s. S. 19—27). Uebeler ist, daß, wie mir scheint, Brinz Gefahr läuft, durch jenen Gedanken auch in der Sache selbst irre geführt zu werden. Denn als die Hauptaufgabe erscheint ihm nun nicht, für die einzelnen Fälle des Correalverhältnisses die natürliche und ursprüngliche Einheit der Obligation, sondern die Vertretung nachzuweisen. In dieser Weise beginnt er namentlich die Construction desjenigen Falls, der unter allen Fällen des Correalverhältnisses gewiß der bei weitem wichtigste ist, des Falles, wo ein Gläubiger mit Mehreren contrahirt, aber verlangt, daß Jeder als Schuldner auf das Ganze eintrete. Brinz geht davon aus (S. 22. 23), daß hier jeder Schuldner zunächst zweierlei Schulden habe, eine eigene und eine fremde, aber jeder übernehme die Schuld des anderen als dessen Vertreter; daraus entstehe — daß daraus Eine Obligatio entstehe, sagt doch auch Brinz nicht; die Consequenz liegt auf der Hand, daß daraus zwei Obligationen entstehen (vgl. auch Kuntze S. 128). Aber, sagt Brinz (Lehrbuch S. 617): „jeder der mehreren Promittenten versprach nur einmal, seine eigene und die fremde Schuld auf einmal, als ein Ganzes (in solidum), so daß Jeder nur Eine, mit der des Andern identische, Schuld hatte." Also der Grund des Correalverhältnisses ist denn doch die ursprüngliche Einheit der Obligation, wie denn auch Brinz (Lehrbuch a. a. O.) ausdrücklich sagt, daß „nach natürlichem Ermessen" jede der beiden Obligationen eadem obligatio sey. Aber dann darf auch nicht von einer ursprünglichen Mehrheit der Obligationen ausgegangen werden (vgl. aber auch kr. Bl. S. 27.), und wenn nicht, wozu dient, und wo ist die Vertretung?

IV.

Ueber die Frage, ob der Correalgläubiger, welcher die Schuld eingetrieben hat, den übrigen Gläubigern etwas herausgeben müsse, und der Correalschuldner, welcher gezahlt hat, von den übrigen Schuldnern Ersatz verlangen könne, finden sich eingehende Erörterungen namentlich bei Savigny (§. 23—25), vergl. auch Van-

Digitized by Google

gerow (Anm. 3). Ich glaube dieſe Frage, obgleich ſie, wie mir ſcheint, das Weſen der Correalobligation eigentlich nicht berührt, nicht übergehen zu dürfen, weil Savigny ſie mit dem Weſen der Correalobligation in Verbindung gebracht hat. Ich ſage, daß dieſe Frage das Weſen der Correalobligation eigentlich nicht berührt; die Beantwortung derſelben ſcheint mir, wofür auch die herrſchende Meinung iſt, lediglich von dem beſondern Rechtsverhältniß abhängig gemacht werden zu müſſen, welches zwiſchen den einzelnen Gläubigern und Schuldnern beſteht. Die Correalobligation als ſolche verhält ſich dieſer Frage gegenüber indifferent. Die Correalobligation iſt eine Obligation, welche zwiſchen den mehreren Gläubigern oder Schuldnern nicht getheilt worden iſt; ob ſie zwiſchen denſelben eigentlich hätte getheilt werden ſollen, darüber gibt ſie ſelbſt keine Ausfunft; will man Antwort auf dieſe Frage haben, ſo muß man auf das Rechtsverhältniß ſehen, auf Grund deſſen die mehreren Gläubiger Gläubiger und die mehreren Schuldner Schuldner geworden ſind. Dieſes Rechtsverhältniß kann eine bejahende, es kann auch eine verneinende Antwort ergeben; es iſt auch möglich, daß aus demſelben die Antwort entnommen werden muß, daß die Obligation eigentlich nur Einen Gläubiger oder nur Einen Schuldner angehe. Savigny's Grundgedanke aber iſt eben der, daß die Correalobligation eigentlich eine getheilte ſeyn ſollte. Durch dieſen Grundgedanken iſt er beſtimmt worden, ſich unbedingt für den Regreß auszuſprechen. Er ſieht in der Ungetheiltheit der Correalobligation etwas Unnatürliches, in der ſpäter erfolgenden Ausgleichung eine Wiederherſtellung des natürlichen Zuſtandes (S. 228. 229). Gegen dieſe Auffaſſung hat bereits Brinz ſehr beſtimmten Widerſpruch erhoben. Nicht minder hat Brinz ſchon auf den Punkt aufmerkſam gemacht (S. 29), wo auch mir das Unrichtige in Savigny's Gedankenreihe zu liegen ſcheint. Savigny geht davon aus (§. 16), daß, wenn eine obligatoriſche Thatſache ſich auf mehrere Perſonen beziehe, regelmäßig eine Theilung der dadurch erzeugten Obligation eintrete; ausnahmsweiſe könne ſie auch ungetheilt bleiben. Von dieſer Ausnahmenatur der Ungetheiltheit der Obligation ſchließt er nun weiter auf ihren nicht natürlichen Charakter (S. 228). Das aber ſcheint mir eben das Unrichtige zu ſeyn. Daraus, daß die Ungetheiltheit der Obligation nicht ohne beſondere Gründe, alſo der Regel nach nicht, eintritt,

Digitized by Google

folgt nicht, daß wenn sie eintritt, sie nothwendigerweise im Widerspruch mit dem eintritt, was eigentlich stattfinden sollte. Es kann zugegeben werden, daß dieß meistens der Fall seyn wird; die Behauptung aber, daß es immer der Fall seyn werde, scheint mir in keiner Weise gerechtfertigt. Auch bleibt Savigny seinem Princip selbst nicht getreu. Nur bei der passiven Correalobligation leitet er aus demselben den Regreß her; bei der activen nimmt er Regreß an nur kraft Societät oder Mandates (S. 264. 265). Was die passive Correalobligation angeht, so ist seine Ansicht näher diese, daß, weil die Ungetheiltheit der Obligation nicht das Natürliche, also unbillig sey, jeder belangte Schuldner von dem Gläubiger Abtretung seiner Klage verlangen, und deßwegen auch ohne Abtretung die Klage als utilis anstellen könne. Daß aus dem Anspruch auf Abtretung der Actio das Recht folgt, die nicht abgetretene Actio als utilis anzustellen, habe ich an einem andern Orte bestritten (die Actio des römischen Civilrechts ꝛc. §. 20). Doch kommt es darauf hier nicht an: spricht die Billigkeit für die Abtretung der Actio, so ist kein Grund vorhanden, warum sie nicht auch für den unmittelbaren Uebergang derselben sprechen sollte. Die Frage ist nur, ob jene Billigkeit vorhanden ist, und dafür hat Savigny außer seiner, wie ich glaube irrigen, Grundauffassung nichts beigebracht. Denn wenn er sich auf Quellenzeugnisse beruft, in denen Anspruch auf Abtretung der Actio, bez. utilis actio, wirklich gegeben werde, und selbst bloß solidarischen Schuldnern, so können diese Zeugnisse doch nur für diejenigen Verhältnisse beweisen, von denen sie handeln, z. B. gemeinschaftlichen Kauf oder Miethe (l. 47. D. locati, l. 13. C. de locato), aus welchen Contracten jeder Contrahent auch entsprechenden Vortheil hat, gemeinschaftliche Verwaltung mehrerer Vormünder (l. 1. §. 13. 14. l. 21. D. de tutelae, l. 2. C. de contr. iud. tutel.), gemeinschaftliche Bewohnung eines Gemaches, aus dem etwas hinausgeworfen worden ist (l. 4. D. de his qui eff.), — aus welchen letzteren Entscheidungen auch mir der allgemeine Satz hervorzugehen scheint, daß bei Verhaftung aus gemeinschaftlicher Schuld, die nicht Böswilligkeit ist, dem römischen Recht die Theilung als das Natürliche und daher der Regreß als begründet erschienen ist. Daß es aber weit davon entfernt gewesen ist, dieß als Princip aufzustellen, beweist, wie mir scheint, unwiderleglich l. 62. pr.

Digitized by Google

D. ad leg. Falc., welche den Satz enthält, daß bei der Berechnung der Falcidischen Quart die Correalforderung und Correalschuld ganz zu demjenigen Vermögen zu rechnen sey, von dem oder aus dem sie eingezogen werde, — es wäre denn daß zwischen den reis Societät bestehe. Savigny glaubt sich dieser Stelle gegenüber durch den Hinweis darauf helfen zu können, daß wenn keine Societät stattfinde, der Regreß minder sicher und gewiß sey (S. 227. 228). Wenn er seinerseits sich auf l. 65. D. de evict. beruft, so ist darauf zu erwiedern, daß in dieser Stelle nicht gesagt wird, daß bei dem Correalverhältniß Abtretung der Actio unter allen Umständen verlangt werden könne, sondern daß sie gewiß dann nicht verlangt werden könne, wenn gar kein Correalverhältniß vorliege. Der Fall, mit dem die Stelle sich beschäftigt, ist der einer getheilten Obligation, und die Frage die, ob der Schuldner, der den auf ihn fallenden Theil der Obligation, d. h. seine Obligation, erfüllt hat, von dem Gläubiger Abtretung seines Anspruches gegen den andern Schuldner verlangen könne. So auch Bangerow, bei dem sich überhaupt (S. 81—86) eine sorgsame Widerlegung der Savigny'schen Ausführungen findet.

V.

Wenn es nicht bestritten werden darf, daß das römische Recht bei dem Correalverhältniß Einheit der Obligation annimmt, so erhebt sich die fernere Frage, ob diese Einheit auch im heutigen Rechte noch festgehalten werden dürfe.

Bei den neueren Bearbeitern unserer Lehre, welche die Einheit der Obligation überhaupt anerkennen, ist ein Zweifel daran, daß diese Frage zu bejahen sey, nicht laut geworden. Und in der That würde man sehr Unrecht thun, wenn man einen solchen Zweifel erheben wollte. Nicht wenige Schriftsteller, auch solche, welche die Einheit der Obligation nicht bestreiten, haben es ausgesprochen, daß in derselben etwas Befremdliches liege. Von dieser Auffassung aus könnte man auf den Gedanken kommen, daß dieselbe auf nationalrömischer Anschauung beruhe, während es der heutigen Rechtsanschauung allein gemäß sey, jedem der verschiedenen Gläubiger und Schuldner eine besondere Obligation zuzuschreiben. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß dieser Gedanke nicht die mindeste Berechtigung hat. Die Einheit der

Digitized by Google

Correalobligation ist nicht das Resultat der Zusammenfassung mehrerer für sich bestehender Obligationen, sondern das Resultat der Nichttheilung Einer, von vorneherein einigen, Obligation. Die Nichttheilung einer Obligation trotz der Mehrheit der in sie eintretenden Subjecte ist der heutigen Rechtsanschauung nicht fremder als sie der römischen war, und die Möglichkeit derselben wird von den Bedürfnissen des heutigen Verkehrs nicht weniger dringend gefordert, als von denen des römischen.

Was hier gesagt worden ist, ist um so eher zu behaupten, als auch dem älteren deutschen Recht eine Gesammtverhaftung Mehrerer in der Weise, daß für alle nur Eine Obligation besteht, wenigstens nicht unbekannt ist. So viel nämlich auf jeden Fall scheint mir aus dem Material, welches Stobbe in seinem oben erwähnten Aufsatz zusammengestellt hat, hervorzugehen. Es kommt im älteren deutschen Rechte eine Verpflichtung Mehrerer zu gesammter Hand vor, in Folge deren nicht nur jeder Schuldner auf das Ganze haftet (St. S. 157. 158), sondern auch die Befreiung des einen durch Erlaß zugleich Befreiung für die andern ist (St. S. 167. 168). Stobbe nimmt Einheit der Obligation schon auf Grund der zuerst genannten Thatsache an; es scheint mir keiner Bemerkung zu bedürfen, daß hiermit auch eine Mehrheit von Obligationen wohl verträglich ist, und daß nur die zuletzt genannte Thatsache auf die Einheit einen sichern Schluß erlaubt. Was den Ausdruck angeht, so will Stobbe denselben so gefaßt wissen: „daß durch die Vereinigung der Schuldner zur gesammten Hand sie alle nur als eine Person, als die Person des Schuldners gelten, welche sich durch einen obligirenden Act in der Weise verpflichten, daß der Gläubiger von dieser Mehrheit die Tilgung der Schuld verlangen kann, ohne daß die Mehrheit derselben ihn in der Art, wie er die Bezahlung zu erreichen sucht, irgendwie beschränkt" (S. 159). Da damit aber auf jeden Fall nicht gesagt seyn soll, daß durch die Zusammenfassung der mehreren Schuldner ein neues, von den Einzelnen verschiedenes, Subject entstehe, so ist das Resultat doch kein anderes, als der römische Satz, daß Eine Obligation mit mehreren Schuldnern vorhanden ist, welchen Ausdruck denn auch Stobbe wirklich gebraucht (S. 160).

In anderen deutschen Rechtsquellen wird der Verpflichtung zu gesammter Hand die Wirkung beigelegt, daß jeder Schuldner

Digitized by Google

zunächſt bloß auf ſeinen Theil, und auf das Ganze nur ſubſidiariſch haftet (St. S. 162—64). Stobbe nimmt hier Mehrheit der Obligationen an (S. 165 vergl. mit S. 159). Ohne weiteres nöthig iſt dieſe Annahme nicht; auch mit der Einheit der Obligation verträgt ſich ein beneficium divisionis. Entſcheidend kann auch hier wieder nur ſeyn, ob eine in der Perſon eines Schuldners eintretende Aufhebungsthatſache auch die andern Schuldner befreit, oder nicht. Ich finde unter den von Stobbe angeführten Stellen keine, welche mit Sicherheit hierher gezogen werden könnte. Denn wenn das Hamburger Recht von 1270 (VII. 8) in dem Falle, wo der Gläubiger „welken vordregen wolde dor vruntschap ofte dor leve", die übrigen Schuldner fortfahren läßt zu haften, ſo kann hier ebenſowohl an eine Entlaſſung des Schuldners, als an eine Aufhebung der Obligation gedacht ſeyn*).

Das zuletzt bezeichnete Verhältniß kommt im Züricher Rechte namentlich bei ſolchen Schuldnern vor, welche die für die Schuld verpfändete Sache zuſammen — nach reellen oder ideellen Theilen — im Eigenthum haben (Einzinſer), und iſt in dieſer Anwendung von Bluntſchli an der oben genannten Stelle ſeiner Züricher Rechtsgeſchichte einer eingehenden Betrachtung unterzogen worden. Bluntſchli geht davon aus, daß die Theilung der Obligation, alſo das Beſtehen mehrerer beſonderer Obligationen für die mehreren Schuldner, unzweifelhaft ſey, glaubt aber, daß ſich mit derſelben die Einheit der Obligation in einer eigenthümlichen und dem römiſchen Rechte unbekannten Weiſe miſche. „Wir haben ſomit für obligatoriſche Verhältniſſe des deutſchen Rechts die fernere — allerdings unrömiſche — Möglichkeit gewonnen: daß eine obligatio ſich theilen läßt, ohne darum ihre innere Einheit zu verlieren. Als Ganzes iſt ſie eine einzige obligatio, inſofern ſie zugleich aus Theilen beſteht, können ſich dieſe Theile wie mehrere Obligationen darſtellen. In den einen Verhältniſſen wird der Charakter der Einheit feſtgehalten, in den an-

*) Daß dann die anderen Schuldner nichtsdeſtoweniger nicht nur für denjenigen Theil haften ſollen, für den ſie anfänglich hafteten, erklärt ſich einfach daraus, daß der Gläubiger ihre Lage nicht ſchlechter machen kann. Daß ſie aber fortan nicht mehr ſubſidiariſch für das Ganze haften ſollen (Stobbe S. 169), ſcheint mir in der Stelle nicht geſagt zu ſeyn.

Digitized by Google

deren der Charakter der Vielheit anerkannt. Das Ganze ist in Theile zerlegt, und die Theile sind wieder zum Ganzen verbunden." Ich vermag es nicht, mich dieser Auffassung anzuschließen. Es muß sogleich Jedem der Einwand kommen, daß eine Obligation nicht zugleich eine getheilte und ungetheilte seyn könne. Wird darauf erwiedert, daß doch sehr wohl eine Mehrheit einzelner Dinge, so also auch mehrerer Obligationen, wie in einigen Beziehungen als einzelne, so in anderen Beziehungen als Ganzes in rechtliche Betrachtung kommen könne, so ist das vollkommen anzuerkennen. An und für sich ist nicht einzusehen, warum der Begriff der Gesammtheit (universitas) nicht auch auf eine Mehrheit von Obligationen sollte bezogen werden können. Hiernach also hätten wir in unserem Fall gegenüber den einzelnen Obligationen als neues und für sich bestehendes Rechtsding die Gesammtheit derselben als Obligationengesammtheit, wie z. B. gegenüber den einzelnen Stücken der Heerde die Heerde selbst als Sachgesammtheit, oder gegenüber den einzelnen Vermögensstücken das Vermögen als Vermögensgesammtheit. Es fragt sich nun, ob wir dieser immerhin künstlichen Auffassung bedürfen, um dem, was in Betreff des vorliegenden Verhältnisses im Leben als Recht feststeht, gerecht werden zu können. Bluntschli beruft sich (S. 233) zuerst darauf, daß der Schuldbrief, welcher nicht bloß Beweismittel sey, sondern obligirende Kraft habe, nur Einer sey. Mir scheint das, da die Obligation doch nun einmal wirklich getheilt ist, die Annahme einer neben oder über den einzelnen Obligationen stehenden Gesammtobligation nicht nothwendig zu machen. Bluntschli macht ferner geltend, daß der Gläubiger von keinem der Schuldner Zahlung seines Theils anzunehmen brauche, sondern auf Leistung des Ganzen bestehen könne. Auch diesem Satze können wir gerecht werden ohne die Annahme einer Obligationeneinheit. Kein Schuldner, werden wir sagen, kann sich von seiner Obligation befreien, ohne daß er auch für die Tilgung gewisser anderer Obligationen sorgt. Endlich aber beruft sich Bluntschli darauf, daß der Gläubiger befugt sey, aus den Schuldnern einen herauszugreifen, an den er sich halten dürfe (Trager); derselbe könne zwar die gegen ihn eingeleitete Betreibung durch Deposition seines Antheils von sich abwenden, aber gegen die Verpflichtung, die Betreibung gegen die übrigen Schuldner für den Gläubiger weiterzuführen

Digitized by Google

(S. 242). Auch diesem Verhältniß werden wir, glaube ich, einen ganz adäquaten Ausdruck geben, wenn wir sagen: einer der Schuldner sey verpflichtet, dem Gläubiger die Leistungen der anderen Schuldner zu verschaffen, bei Strafe, selbst für dieselben einstehen zu müssen*). —

Was die Auffassung der Correalobligation in den neueren Gesetzbüchern angeht, so findet sich eine Uebersicht über die Bestimmungen des preußischen, französischen und österreichischen bei Savigny (§. 27). Alle drei gehen von der Auffassung aus, daß die Correalobligation nur Eine sey, haben aber diese Auffassung nicht überall consequent durchgeführt. Das preußische Gesetzbuch läßt die active Correalobligation nur in Folge gemeinschaftlicher Disposition der mehreren Gläubiger untergehen; einseitige Disposition Eines Gläubigers schadet den übrigen für ihren Antheil nicht (A. L. R. Th. 1. Tit. 5. §. 450—453). In gleicher Weise gibt auch das französische Gesetzbuch dem Correalgläubiger Dispositionsrecht nur für seinen Theil der Forderung (Art. 1198. 1365); Confusion sieht es nicht als gleichgültig

*) Ich benutze die mir freundlichst gebotene Veranlassung, um in Kürze Folgendes zur Erwägung der Leser beizufügen. Die logische Schwierigkeit einer in Stückobligationen zerfallenden Gesammtobligation wird auch von Windscheid als überwindlich betrachtet. Denkt man sich den Gegensatz des Getheilten und des Ungetheilten absolut, so ist er freilich unversöhnlich; denkt man ihn aber relativ, so ist es klar, daß ein Ding in gewissen Beziehungen als Ganzes, in anderen als in selbständige Stücke getheilt erscheinen kann. Wie zwei Pferde sich in die Zuglast Eines Wagens theilen können, den zuvor Ein Pferd allein gezogen hat, so können zwei Schuldner sich in Eine Schuld theilen, welche ihr Vorgänger allein auf sich geladen hat. Und wie jene zwei Pferde, ungeachtet jedes zunächst nur zur Hälfte zu ziehen braucht, doch zusammen als Gespann den ganzen Wagen ziehen müssen, so können auch die beiden Theilschuldner jeder zunächst die Hälfte und doch beide zusammen das Ganze schulden. In dieser Weise wird sich der Volkssinn jene Theilung Einer Schuld unter mehrere Einzelne oder Erben zurecht gelegt haben. Ich gebe zu, daß die zu erklärenden Wirkungen der Gesammtschuld auch in anderer Weise, sey es durch Vertrag, sey es durch eigenthümliche Rechtsregeln begründet werden können. Aber ich halte diese andere Formulirung für viel willkürlicher und weniger befriedigend als eine Erklärung, welche sich unmittelbar an den historischen Vorgang anschließt, der zuerst Eine Schuld zeigt und dieselbe im Verfolge relativ in Theile zerlegt, relativ, das heißt so, daß die Erinnerung an das ursprüngliche Eine Ganze immer noch praktisch fortwirkt, also so daß die Verbindung der Theile zu einem relativen Ganzen fortdauert. Bluntschli.

Digitized by Google

für die Obligation an, läßt aber durch dieselbe die Obligation nicht ganz untergehen, sondern nur für den Theil des betreffenden Reus (Art. 1209). In dem österreichischen Gesetzbuch finden sich Abweichungen ähnlicher Art nicht. Der königlich sächsische, jetzt zurückgezogene, Entwurf folgt dem österreichischen Gesetzbuch. Daß derselbe durch Confusion die — ganze — Obligation untergehen läßt (Art. 598. 605), ist eine Abweichung in der Auffassung der Confusion, nicht aber in der der Correalobligation. Dagegen läßt wieder der großherzoglich hessische Entwurf (4te Abth. 1. Buch), obgleich er ebenfalls davon ausgeht, daß die Correalobligation eine objectiv einige und nur nach ihren subjectiven Beziehungen mehrfache sey (Motive S. 20—23), durch gewisse Thatsachen (Erlaß, Confusion, Urtheil) die Obligation theilweise untergehen (Art. 346. 347. 354. 355.; vergl. auch Art. 312). Das Züricher Gesetzbuch stellt der Solidarobligation, bei der es für jeden Gläubiger und Schuldner eine besondere Obligation auf das Ganze annimmt (§. 935. 937), die Gesammtobligation entgegen, die es namentlich auch in Folge Erbgangs eintreten läßt. Von der letzteren sagt es, daß sie in Theile zerfalle, so aber daß die Theile fortdauernd als Bestandtheile eines sie verbindenden Ganzen zu betrachten seyen (§. 935). Daraus wird hergeleitet, daß der Gesammtschuldner subsidiarisch auch für den Theil des andern hafte (§. 948). Andere Consequenzen werden aus der Einheit der Gesammtobligation nicht gezogen (vergl. jedoch auch die Bestimmungen über die Tragerei bei der Einzinserei, §. 764 fg.), und namentlich wird anerkannt, daß der Gesammtgläubiger den Schuldner nur für seinen Theil entlasten könne (§. 947).

Was den Regreß angeht, so läßt das Züricher Gesetzbuch denselben „in der Regel" stattfinden (§. 939. 942), das preußische (A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 443—445. 453) und das französische (Art. 1213) unbedingt, das österreichische (Art. 895. 896) unbedingt nur für den Mitschuldner, für den Mitgläubiger bloß kraft besonderen Rechtsverhältnisses. Der sächsische Entwurf (Art. 599. 607) folgt auch hier dem österreichischen Gesetzbuch, fügt aber hinzu, daß auch beim Mitschuldner kraft besonderen Rechtsverhältnisses der Regreß wegfallen könne. Der hessische Entwurf (Art. 12. 13) erkennt mit dieser Maßgabe Regreß sowohl bei Mitgläubigern als bei Mitschuldnern an.

B. Windscheid.

Digitized by Google

XII.

Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs.

Beiträge zur Beurtheilung desselben.

Erster Beitrag.

Geschichte und rechtliche Bedeutung des Entwurfs. — Verhandlungen der deutschen Bundesversammlung. — Die Nürnberger Conferenzen.

Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Im Auftrag dieser Commission herausgegeben von J. Lutz, k. bayer. Bezirksgerichtsrath und erstem Secretär der Commission. I. Theil 1. Heft. III. Theil 1. Heft. Beilagenband 1. Heft. Würzburg 1858. Verlag der Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten. Nebst Motiven. Zwei Theile. Berlin 1857.

Oft genug ist unserer Nation der Vorwurf gemacht worden, daß auch ihre Einheitsbestrebungen jenen idealistischen und träumerischen Charakter tragen, welcher als untrügliches Kennzeichen deutschen Wesens mit Recht oder Unrecht von jeher betrachtet worden ist. Unpraktische Ziele auf unpraktischen Wegen erreichen zu wollen, wird allerdings nie einem Volke zum Vortheil gereichen. Ist aber jener Vorwurf ernstlich gemeint, so ist die Gegenwart mehr als irgend eine andere Periode der letzten Vergangenheit befähigt, ihn zu widerlegen.

Die Zeit, welche dem Scheitern unserer jüngsten nationalen Hoffnungen folgte, bot hinlängliche Veranlassung den alten Fehler

Digitized by Google

„des Schwankens zwischen dem Größten und Kleinsten, des Ueberspringens von den hochfliegendsten Planen zu kleinmüthigem Verzichten" in verstärktem Maße hervortreten zu lassen. Wenn dieß nicht geschah, wenn der Drang nach nationaler Einigung nur in andere Bahnen einlenkte und sich Ziele stellte, welche sicherer zu erreichen waren, so wird man fast zu dem Schlusse berechtigt seyn, daß unser nationaler Charakter sich gekräftigt habe.

Unsere Einheitsbestrebungen richten sich gegenwärtig vorzugsweise auf das Gebiet der materiellen Interessen. Daß auf diesem Gebiet Resultate hervorgebracht worden sind, welche vor noch nicht zu langer Zeit für unerreichbar galten, dieser Umstand kann uns nur ermuntern, auf der eingeschlagenen Bahn zu beharren.

Auch das Frankfurter Parlament wollte Einigung auf dem Gebiet der materiellen Interessen. Aber diese Einigung erschien uns als selbstverständliche Consequenz einer stärkern politischen Einigung Deutschlands. Auf jene Zwecke nun, welche in den Augen der Nation damals als Nebenzwecke erschienen, richtet sich das ganze Interesse der Gegenwart. Offenbar sind wir in unsern Einheitsbestrebungen in einer Umkehr begriffen. Wir suchen nicht mehr von der Lösung der höchsten nationalen Probleme zur Lösung anderer minder schwieriger Fragen überzugehen, wir suchen jetzt vielmehr vom Kleinen zum Großen aufzusteigen. Die Zukunft wird darüber entscheiden, ob der zweite Weg in der Hauptsache so wenig wie der erste zum Ziele führen wird.

Mit den Vorarbeiten zu einem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch sind die deutschen Einheitsbestrebungen auch schon über das Gebiet der materiellen Interessen hinausgegangen. Unverkennbar schließen sich diese Arbeiten an die neuesten Einigungen im Gebiete des Zoll-, des Post-, Münz- und Eisenbahnwesens an, aber noch weit mehr als die allgemeine deutsche Wechselordnung wird uns das deutsche Handelsgesetzbuch der nationalen Rechtseinheit entgegenführen. Schon sind eben in Folge der Einheitsbestrebungen auf dem Gebiete des Handelsrechts wieder Stimmen für die Abfassung eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches laut geworden, und wir glauben daß wir auch diesem Ziele nicht mehr fern sind*). Denn der Einigung auf dem Gebiet des Handels-

*) v. Groß, die Strafrechtspflege in Deutschland. 2. Heft. 1858.

Digitized by Google

rechts stehen ungleich größere Hindernisse, eine weit größere Masse unter sich verschiedener Sonderinteressen entgegen, und andererseits würden bei der Abfassung eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches weit mehr Vorarbeiten zu Gebote stehen.

Das aber unterscheidet die Vorarbeiten zu der allgemeinen deutschen Handelsgesetzgebung von den oben erwähnten Einigungen im Gebiet der materiellen Interessen, daß diese Vorarbeiten ihre Entstehung nicht der rein freiwilligen Vereinbarung oder dem Zollverein verdankten, sondern daß es der deutsche Bund war, der zu dem Entwurf des deutschen Handelsgesetzbuches den Anstoß gab. Zum erstenmal hat hier der Bund eine Bahn betreten, auf welcher er zwar nur eine geringe Macht besitzt, bei deren Festhalten er aber gleichwohl den Dank der Nation gewinnen kann.

War es nun die Bundesversammlung, von welcher die Aufforderung zu den Nürnberger Conferenzen ausgieng, so führt dieß auch nothwendig zu der Frage nach der rechtlichen Bedeutung des Entwurfs und nach der Stellung, welche die gesetzgebende Gewalt der einzelnen Bundesstaaten zu demselben einnehmen wird. Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte des Entwurfs wird uns in den Stand setzen diese Frage zu beantworten.

Der Zusammentritt der Nürnberger Conferenzen war das Resultat mehrerer Bundesbeschlüsse und längerer Verhandlungen der Bundesversammlung*). Bayern hat das Verdienst, den ersten Antrag auf Abfassung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches beim Bunde gestellt zu haben. „Der unermeßliche Einfluß", so beginnt der Antrag Bayerns**) vom 21. Februar 1856, „welchen Handel und Industrie auf das Leben der Völker gewonnen haben, läßt es höchst wünschenswerth erscheinen, daß in diesen Richtungen die möglichst große Vereinigung unter allen Mitgliedern des Bundes zu Stande komme. Vor allem dürfte es erwünscht seyn, zu einer allgemeinen deutschen Handelsgesetzgebung zu gelangen. Das Beispiel der Wechselgesetzgebung zeigt, auf wel-

*) Die meisten dieser Beschlüsse und Verhandlungen sind aus öffentlichen Blättern bekannt. Eine treffliche Zusammenstellung derselben gibt das Werk von Röllner, die deutschen Einheitsbestrebungen im Sinne nationaler Gesetzgebung und Rechtspflege (Leipzig 1857). In den Beilagen S. 271 f. sind alle hieher gehörenden Actenstücke der Bundesversammlung nach amtlichen Quellen abgedruckt.

**) Röllner a. a. O. S. 271.

Digitized by Google

chem Weg dieses Ziel erreicht werden könnte." Der Antrag selbst lautete dahin:

> eine Commission zur Entwerfung und Vorlage eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten niederzusetzen; zu diesem Ende aber vorerst an die hohen und höchsten Regierungen, welche geneigt wären zu dieser Commission auf ihre Kosten Rechtsgelehrte oder Sachverständige abzuordnen, das Ansuchen zu stellen, hiervon in Zeit von 6 Wochen Mittheilung machen zu wollen.

Nach dem Geschäftsgang der Bundesversammlung wurde der Antrag zunächst an den handelspolitischen Ausschuß gewiesen. In der 12. Sitzung vom J. 1856 erstattete der Ausschuß seinen Bericht. Der Ausschuß hatte den Antrag Bayerns vollständig zu dem seinigen gemacht und sämmtliche Gesandte mit Ausnahme derjenigen, welche sich das Protokoll noch offen hielten, erklärten ihre Zustimmung. Das Protokoll hielten sich wegen mangelnder Instruction offen die Gesandten von Preußen, Großherzogthum Hessen und Dänemark wegen Holstein und Lauenburg.

Preußen gab in der 18. Sitzung vom 29. Mai 1856 eine besondere Erklärung ab, in welcher es sich zuvörderst gegen die Ausarbeitung eines *selbständigen* Entwurfs durch eine Commission von Juristen und Fachmännern aussprach. „Alle legislative Erfahrung beweist", bemerkte Preußen*), „daß eine Commission von Juristen und Fachmännern zur Ausarbeitung eines selbständigen Entwurfs nicht im Stande ist. Auch selbst wenn es thunlich wäre, die für eine Commission der Art geeigneten Theilnehmer für einen hinreichend langen Zeitraum ihren regelmäßigen Beschäftigungen zu entziehen. Auch würde es ein vergeblicher Versuch seyn, wenn die Commission ihren Arbeiten eines der bereits bestehenden Handelsrechte zu Grunde legen wollte; denn es kommt darauf an, und es liegt eben in der Schwierigkeit der Sache daß die einzelnen Materien des Handelsrechtes in ihrem Zusammenhange nicht nur mit *einem*, sondern mit den verschiedenen in Deutschland bestehenden Civilrechten aufgefaßt und danach diejenigen Materien bestimmt und im Zusammenhange bearbeitet werden, welche einer gleichmäßigen legislativen Behandlung fähig sind, ohne

*) Röllner S. 275.

Digitized by Google

den im Civilrecht vorhandenen Verschiedenheiten zu nahe zu treten." Nur auf dem bei Abfassung der deutschen Wechselordnung eingeschlagenen Wege könne man auch in der Frage der allgemeinen deutschen Handelsgesetzgebung zum Ziele gelangen. Der Leipziger Conferenz hatte Preußen bekanntlich einen sorgfältig ausgearbeiteten Entwurf vorgelegt, über welchen sämmtliche Commissionsmitglieder vollständig instruirt waren, und der die Grundlage der Berathungen bildete. Jetzt erklärte die preußische Regierung, daß sie schon seit längerer Zeit und in Folge der ihr durch die Verhandlungen der Zollconferenzen gewordenen Anregungen damit beschäftigt sey, auf der Basis der drei verschiedenen in den preußischen Staaten bestehenden civilrechtlichen Systeme den Entwurf eines Handelsgesetzbuches auszuarbeiten, welcher im Laufe der nächsten Monate voraussichtlich zur vollständigen Zusammenstellung gediehen seyn werde. Nun stelle die preußische Regierung zwar keineswegs das Verlangen, daß gerade der von ihr auszuarbeitende Entwurf den gemeinsamen Berathungen vorzugsweise zur Richtschnur dienen solle, allein gerade der Umstand, daß ihre eigenen legislativen Arbeiten auf dem Gebiete des Handelsrechts zur Zeit noch nicht abgeschlossen seyen, würde die Regierung verhindern, die zu den allgemeinen Conferenzen abzuordnenden Sachverständigen ausreichend mit Instructionen zu versehen. Und vollständig muß man der preußischen Erklärung beipflichten, wenn sie hinzufügte, daß überhaupt nur aus der Berathung solcher Commissarien, welche keiner Instructionseinholung im einzelnen mehr bedürften, das gewünschte Resultat hervorgehen könne. Demgemäß sprach die preußische Regierung die Hoffnung aus, daß die hohe Bundesversammlung der beabsichtigten Einberufung einer Commission einstweilen noch Abstand gebe.

Von den übrigen Staaten gab nur noch Baden eine den Antrag Bayerns modificirende Erklärung ab*). Die großherzogliche Regierung schlug vor, die Ausarbeitung des Entwurfs einer aus wenigen Personen bestehenden Commission zu übertragen und erst sodann eine Prüfung des Entwurfs durch eine größere Zahl von Rechtsgelehrten und Handelsleuten zu veranlassen, und zwar solle der Vorschlag der Commissionsmitglieder jenen Staaten über-

*) Röllner S. 277.

Digitized by Google

laſſen werden, welche am meiſten Handel treiben. Auch hielt die badiſche Regierung den Code de commerce für die geeignetſte Grundlage zu einem allgemeinen deutſchen Handelsgeſetzbuche, „da derſelbe ein geſchloſſenes Ganzes bildet, bereits auf einem ſehr weiten Gebiete und auch in mehreren deutſchen Staaten Geltung hat und möglichſte Uebereinſtimmung der Geſetzgebung im Handelsrechte als ganz beſonders wünſchenswerth erſcheint.“ Wir bezweifeln, ob die von Baden vorgeſchlagene Commiſſion in der That den Code de commerce zu Grunde gelegt haben würde, da die wichtigſten Beſtimmungen dieſes Geſetzbuchs ſich der Zuſtimmung des norddeutſchen Handelsſtandes niemals zu erfreuen gehabt haben. Trat doch auch auf den Nürnberger Conferenzen die Antipathie gegen die franzöſiſchen Beſtimmungen ſtark genug hervor.

Die von Preußen gegen den ſofortigen Zuſammentritt der Commiſſion geäußerten Bedenken ſcheinen von der Bundesverſammlung getheilt worden zu ſeyn, denn ſie beſchloß in der 26. Sitzung vom 2. Auguſt 1856*) an die preußiſche Regierung das Anſuchen zu ſtellen, im Falle die von ihr für ein allgemeines Handelsgeſetz begonnenen Vorarbeiten bis zum 15. November l. J. nicht ſchon beendigt ſeyn könnten, hiervon der Bundesverſammlung vorher Mittheilung machen zu wollen, unter gleichzeitiger Angabe des Zeitpunkts, bis zu welchem die Beendigung ihrer Vorarbeiten in Ausſicht genommen werden dürfte.

Die Einberufung der Commiſſion wurde alſo vertagt und dieſe Vertagung rechtfertigte ſich in jeder Hinſicht. Gelang es in der Zwiſchenzeit *Preußen* einen Entwurf zu vollenden, der für die preußiſchen Staaten brauchbar war, ſo war damit zugleich der Beweis geführt, daß ein allgemeines *deutſches* Handelsgeſetzbuch nicht mehr zu den unmöglichen Dingen gehöre. Preußen hatte nämlich im Kleinen ganz dieſelbe Aufgabe, welche Deutſchland im Großen angewieſen iſt, die Verſchmelzung der drei verſchiedenen in Preußen geltenden Handelsrechte, des gemeinen, des franzöſiſchen und des ſpeciellen Landesrechtes. *War dieſe Verſchmelzung für Preußen ausführbar, ſo mußte ſie es in größerem Maßſtab auch für ganz Deutſchland ſeyn.*

Noch iſt der Erklärung Erwähnung zu thun, welche der k.

*) Röllner S. 278.

niederländische Gesandte bei Gelegenheit des ersten Bundesbeschlusses in der 12. Sitzung von 1856 Namens seiner Regierung abgab*). Die niederländische Regierung sey bereit für das Großherzogthum Luxemburg sich der von k. bayerischer Seite in Vorschlag gebrachten Maßregel anzuschließen. Dagegen müsse dieser Beitritt sofort an die ausdrückliche Bedingung geknüpft werden, daß, wenn ein allgemeines Handelsgesetzbuch zu Stande kommen sollte, dessen Einführung in dem Herzogthum Limburg nicht beansprucht werde, indem schon die geographische Lage der im Bunde begriffenen Gebietstheile dieses Herzogthums, welche die niederländischen Festungen Maastricht und Venloo umschließen, deren Trennung von der niederländischen Handelsgesetzgebung, unter welcher sie gegenwärtig stehen, unmöglich mache.

Preußen hatte inzwischen die Vollendung seines Entwurfs beschleunigt, eine Revision desselben durch eine Commission von Juristen und Kaufleuten war in Berlin erfolgt und in der 29. Sitzung der Bundesversammlung vom 13. November 1857 konnte die preußische Regierung die Anzeige machen, daß die Arbeiten über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs so weit vorgeschritten wären, um voraussichtlich bis zum 1. December vorgelegt werden zu können**). An diese Anzeige knüpfte Preußen noch besondere Erklärungen, welche einerseits die Stellung der einzelnen Bundesregierungen zu dem auszuarbeitenden allgemeinen Handelsgesetzbuche, andererseits aber die Wahl des Ortes für die zu eröffnenden Conferenzen betrafen.

Hinsichtlich des letzteren Punktes wies die preußische Regierung ausdrücklich auf die Unzweckmäßigkeiten hin, welche mit dem Sitz der Conferenzen in Frankfurt verknüpft seyn würden. Es müsse vielmehr eine Stadt gewählt werden, „in welcher die Commissarien sich ihrer Aufgabe widmen könnten, ohne in der Lösung derselben durch politische und diplomatische Einflüsse beirrt oder zum Abwarten der Entschließung oder Instruirung anderer Organe ihrer Regierungen veranlaßt zu werden." Aus diesem Grunde sprach sich die preußische Regierung entschieden gegen Frankfurt als Ort des Zusammentritts der Commission aus und brachte Nürnberg

*) Röllner S. 274.
**) Röllner S. 278.

Digitized by Google

oder Bamberg dazu in Vorschlag, welche Städte sich ähnlich wie Leipzig als Sitz der Conferenzen über das Wechselrecht zu diesem Zwecke durch ihre geographische Lage und andere Bedingungen empfehlen.

Die Wahl Nürnbergs erfolgte nicht ohne Widerspruch. Sachsen und Württemberg hielten daran fest, daß die Conferenzen in Frankfurt stattfinden müßten*). „Nach dem Dafürhalten der k. Regierung", so lautete die sächsische Erklärung, welcher sich Württemberg anschloß, „muß es als wesentliches Erforderniß angesehen werden, daß derartigen, auf das Gesammtwohl der deutschen Bundesstaaten abzielenden Einrichtungen eine fortdauernde Oberaufsicht und nach Befinden sich nöthig machende Einwirkung dieser obersten Centralbehörde gesichert und in allen Stadien der Charakter einer unter den Auspicien des Bundes zu Stande gekommenen Anordnung erhalten bleibe. Schon mit Rücksicht auf das unter allen Umständen zu wahrende moralische Ansehen des Bundes und seines obersten Organes sey es angemessen, daß das Werk am Sitze der Bundesversammlung in Angriff genommen, gefördert und zum Abschlusse gebracht werde". Die k. sächsische Regierung erklärte also die Einwirkung des Bundestags umgekehrt wie Preußen gerade für erwünscht. Der k. k. österreichische Präsidialgesandte sprach sich zwar auch für Frankfurt aus, erklärte jedoch, daß sich die kaiserliche Regierung mit gleicher Geneigtheit auch an den Conferenzen in Nürnberg betheiligen werde. Die Bundesversammlung entschied sich für Nürnberg, nachdem noch Hamburg vergeblich in Vorschlag gebracht worden war. Hamburg ist inzwischen für einen speciellen Theil des Handelsgesetzbuches, für das Seerecht, zum Sitz der Conferenzen gewählt worden; auf diese Wahl hatte es gegründeten Anspruch. Ob es dagegen wünschenswerth gewesen wäre, daß die Berathungen über das ganze Handelsrecht in Hamburg stattgefunden hätten, steht sehr in Frage. Allerdings würde die Conferenz unter dem Einflusse des großartigsten deutschen Handelsbetriebes gestanden haben, vielleicht aber würden über den großartigen Verhältnissen Hamburgs die Interessen des kleinen Handels übersehen und der binnenländische Verkehr nicht mit seinem natürlichen Maßstabe gemessen worden seyn.

*) Nöllner S. 280.

Digitized by Google

Der andere Theil der preußischen Erklärung, die Stellung der einzelnen Bundesregierungen zu dem Entwurfe betreffend, ist von besonderer Wichtigkeit. Preußen sprach seine Ueberzeugung dahin aus, daß die Stellung der einzelnen Bezirksregierungen zu dem auszuarbeitenden allgemeinen Handelsgesetzbuch keine andere seyn könne als diejenige, welche die Regierungen zu der allgemeinen Wechselordnung eingenommen hätten. „Dem entsprechend geht die k. Regierung von der Voraussetzung aus, daß den bevorstehenden Verhandlungen der Charakter freier Vereinbarung in allen ihren Stadien in demselben Maße gewahrt bleiben werde, daß demnach aus der Theilnahme an der Berathung für keine Regierung eine Verpflichtung zur Publication des vereinbarten Entwurfs gefolgert werden könne, daß es vielmehr jeder Regierung überlassen bleibe, diesen Entwurf zu prüfen und darnach zu ermessen, ob sie ihn zur Aufnahme für geeignet hält, und daß nicht minder über spätere Abänderungen des erlassenen Gesetzes die freie Entschließung jedem einzelnen Staate vorbehalten bleibt."

Diese Bemerkungen über die rechtliche Bedeutung des Entwurfs fanden in der Bundesversammlung keinen Widerspruch. Sie wurden vielmehr von dem handelspolitischen Ausschusse adoptirt, denn der Bericht dieses Ausschusses*) vom 4. December 1856 hob hervor, „daß selbstverständlich aus der Theilnahme an den commissionellen Berathungen keiner Regierung die Verpflichtung erwachse, dem aus diesen Berathungen hervorgehenden Entwurf ihre Zustimmung zu ertheilen und ihn in Wirksamkeit zu setzen. Der gedachte Gesetzentwurf wird vielmehr von der Commission nach vollendeter Ausarbeitung desselben der hohen Versammlung zu dem Zwecke vorgelegt werden, um ihn den höchsten und hohen Regierungen zur Prüfung und Erinnerung mitzutheilen, und um nach Maßgabe der erfolgenden Aeußerungen sodann die weiteren Vereinbarungen zu dessen allenfallsiger Revision und Feststellung einzuleiten." Schon der Antrag Bayerns hatte sich im gleichen Sinne ausgesprochen, der Entwurf solle von der Bundesversammlung nach erfolgter endlicher Beschlußnahme sämmtlichen Regierungen zur Einführung im Wege der Landesgesetzgebung empfohlen werden.

*) Nöllner S. 281.

Digitized by Google

Eine andere Bedeutung als die hier entwickelte konnten die gefaßten Beschlüsse bundesrechtlich auch nicht haben. Die bundesrechtlichen Bestimmungen, auf welche der erste Bericht des handelspolitischen Ausschusses auch hinwies, zeichnen die Gränzen für die Thätigkeit der Bundesversammlung in dieser Beziehung genau vor. Es ist dieß weniger der Artikel 19 der Bundesacte, welcher nur vom Handel und nicht vom Handelsrecht spricht:

> Art. 19. Die Bundesglieder behalten sich vor, bei der ersten Zusammenkunft der Bundesversammlung in Frankfurt wegen des Handels und Verkehrs zwischen den verschiedenen Bundesstaaten sowie wegen der Schifffahrt nach Anleitung der auf dem Congresse zu Wien angenommenen Grundsätze in Berathung zu treten.

Vielmehr dürfte sich die Bundesversammlung auf den Artikel 64 der Wiener Schlußacte stützen:

> Wenn Vorschläge zu gemeinnützigen Anordnungen, deren Zweck nur durch die zusammenwirkende Theilnahme aller Bundesstaaten erreicht werden kann, von einzelnen Bundesgliedern an die Bundesversammlung gebracht werden und diese sich von der Zweckmäßigkeit und Ausführbarkeit solcher Vorschläge im Allgemeinen überzeugt, so liegt ihr ob, die Mittel zur Vollführung derselben in sorgfältige Erwägung zu ziehen und ihr anhaltendes Bestreben dahin zu richten, die zu dem Ende erforderliche freiwillige Vereinbarung unter den sämmtlichen Bundesgliedern zu bewirken.

Mit Recht bemerkt Zöpfl*), daß die Bundesversammlung mit der Zustandebringung solcher gemeinnütziger Anordnungen bisher nicht sehr glücklich gewesen sey. Denn der Abschluß des deutschen Zollvereins, die damit in Verbindung stehenden Münzconventionen, die Verträge der deutschen Staaten über Einführung der Paßkarten, der deutsch-österreichische Post- und Telegraphenverein und andere wichtige Vereinbarungen sind das Resultat von Verhandlungen, welche außerhalb der Bundesversammlung unter den einzelnen Staaten gepflogen worden sind.

Für die Einführung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs dagegen ergriff der Bund die Initiative; es ist demnach

*) Staatsrecht 4. Auflage §. 145.

Digitized by Google

auch Pflicht des Bundes die Vollendung des begonnenen Werkes nicht dem Zufall zu überlassen. Es liegt nach dem Wortlaut der Wiener Schlußacte der Bundesversammlung ob, ihr anhaltendes Bestreben dahin zu richten, die erforderliche freiwillige Vereinbarung zur Annahme des Entwurfs in sämmtlichen Bundesstaaten zu bewirken.

Weiter aber geht auch das Recht der Bundesversammlung nicht. Sie kann die Einführung des Entwurfs in den einzelnen Staaten nicht erzwingen. Recht und Pflicht der Bundesversammlung beschränken sich darauf, wie der Antrag Bayerns bemerkte, den einzelnen Bundesregierungen die Einführung des Entwurfes im Wege der Landesgesetzgebung zu empfehlen und die etwa entgegenstehenden Hinderniſſe durch Eröffnung neuer Verhandlungen möglichst zu beseitigen.

Diejenigen also werden sich getäuscht fühlen, welche nach Beendigung der Nürnberger Conferenzen eine sofortige Einführung des Handelsgesetzbuchs in ganz Deutschland erwarten. Rücksichten der Zweckmäßigkeit und der bloße Wunsch rasch zum Ziele zu gelangen, sind allein nicht im Stande der deutschen Bundesversammlung eine Competenz zu verleihen, welche sie verfassungsmäßig nicht besitzt. Und so werden es allerdings die deutschen Kammern und Landtage seyn, welche das letzte Wort in dieser wichtigen nationalen Angelegenheit zu sprechen haben.

Daß an diesem Umstand das ganze Werk scheitern werde, diese Befürchtung ist zwar vielfach ausgesprochen worden, wir vermögen sie jedoch nicht zu theilen. Mit Sicherheit darf wohl erwartet werden, daß dasjenige was bei Einführung der deutschen Wechselordnung geschah und was so häufig bei der Zustimmung der Kammern zu den Beschlüssen der Zollvereinsregierungen geschieht, nämlich Annahme der Vorlagen und Entwürfe ohne Modificationen im Einzelnen, auch bei dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch erfolgen wird.

Diese Erwartung erscheint uns um so weniger zweifelhaft, weil der Nürnberger Entwurf wenigstens in seiner gegenwärtigen Gestalt den Verschiedenheiten der Particulargesetzgebung noch hinreichenden Spielraum läßt. Wir erinnern hier namentlich an die Bestimmungen des Entwurfs über die Actiengesellschaften. Die Frage, ob zur Errichtung von Actiengesellschaften staatliche Con-

Digitized by Google

cession erforderlich seyn solle, hat zu den bestrittensten Fragen der Conferenzen gehört. Die Nothwendigkeit der staatlichen Concession ist nun im Princip festgehalten worden, jedoch mit der Maßgabe daß die Particulargesetzgebung anders bestimmen könne. Dieser streitige Punkt bildet also kein Hinderniß, daß nicht die Hansestädte, welche zu den entschiedensten Gegnern der staatlichen Concessionirung gehören, den Entwurf annehmen, da ihnen die Möglichkeit einer Abänderung in diesem Punkte durch den Entwurf selbst zugestanden ist. Die nähere Betrachtung wird zeigen, ob der Entwurf solchen Besonderheiten nicht einen zu großen Spielraum läßt. Sollte das letztere aber auch der Fall seyn, so möchten wir doch an die Worte Thibaut's*) erinnern: „Freilich wird es nicht abzuwenden seyn, daß in den einzelnen Ländern da und dort eine Besonderheit als solche beizubehalten ist, allein daraus folgt nichts, als daß man sie beibehalten mag, keineswegs aber, daß das große Werk dadurch in seinem Lauf gehemmt werden muß."

Der Inhalt des Entwurfs selbst also wird den deutschen Kammern die Zustimmung vom particularen Standpunkt voraussichtlich erleichtern. Da aber die Fälle, in welchen eine solche Zustimmung zu einem Werke der Einigung erforderlich ist, in der Zukunft sich mehren werden, so erscheint es als dringende Pflicht der Regierungen wie der Volksvertretungen selbst, die Ertheilung jener Zustimmung nicht länger nur von dem nationalen Sinne und dem discreten Zurückhalten abweichender Meinungen und Wünsche bei so wichtigen Fragen zu erwarten. Offenbar ist hier einer derjenigen Punkte vorhanden, in welchen weniger die Bundesverfassung als die Verfassungen der einzelnen Staaten einer Fortbildung bedürfen. Nur zwei Wege scheinen sich in dieser Beziehung zu empfehlen. Der eine Weg besteht darin, daß die Volksvertretung in solchen Fällen der Regierung im voraus die Vollmacht ertheilt, bestimmte Maßregeln oder Gesetze durch Vereinbarung mit sämmtlichen oder einzelnen Bundesstaaten definitiv zu Stande zu bringen. Der zweite Weg besteht in der Delegation von Mitgliedern der betheiligten deutschen Kammern zu gemeinsamer aber definitiver Berathung und Beschlußnahme über die von

*) Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland S. 57.

Digitized by Google

den Regierungen gemeinschaftlich proponirten gemeinsamen Gesetzesvorschläge. Da der erste Weg selten oder nie betreten werden wird, so möchte alle Veranlassung vorliegen sich ernstlich mit der Frage zu beschäftigen, ob das zweite der vorgeschlagenen Mittel, auf welches in neuerer Zeit schon mehrfach hingewiesen worden, praktisch ausführbar ist.

Die rechtliche Bedeutung, welche der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches für die Regierungen der Einzelstaaten haben würde, war also der Bundesversammlung durchaus nicht zweifelhaft. Nachdem sie diese Frage, sowie jene über die Modalitäten der zu eröffnenden Conferenzen erledigt hatte, schritt sie zur Einberufung der Commission. Der Bundesbeschluß vom 18. December setzte die Eröffnung der Conferenzen auf den 15. Januar 1858 fest. Die Aufgabe der Commission wurde dahin bezeichnet*): „dieselbe hat unter angemessener Benutzung des vorhandenen Materials und der ihr mitgetheilten Vorarbeiten in gemeinsamer Berathung einen vollständigen Gesetzentwurf aufzustellen und diesen schließlich der Bundesversammlung zur Mittheilung an die höchsten und hohen Regierungen und zur weiteren Einleitung in Vorlage zu bringen." Die Geschäftsbehandlung wurde dem freien Ermessen der Commission überlassen, die Bundesversammlung schrieb in dieser Beziehung nur vor, daß die Beschlüsse durch einfache Stimmenmehrheit gefaßt werden sollten, daßhierbei jedem vertretenen Staate eine Stimme, mehreren etwa durch einen gemeinsamen Commissar vertretenen Staaten jedoch auch nur eine Stimme gebühre, und daß die Mitglieder der Commission von ihren Regierungen mit so ausreichenden Vollmachten versehen werden sollten, daß sie in der Regel ohne vorhergehende Rückfragen ihre Stimmen abgeben könnten.

Die Eröffnung der Conferenzen fand am festgesetzten Tage in Nürnberg durch den bayerischen Staatsminister Hrn. v. Ringelmann statt. Folgende Staaten waren vertreten: Oesterreich, Preußen, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Baden, Sachsen-Weimar und die sächsischen Herzogthümer, Mecklenburg-Schwerin, Lübeck, Frankfurt, Hamburg. Im Laufe der Verhandlungen, theilweise bald nach Eröffnung derselben, kamen noch hinzu: Nas-

*) Nöllner S. 281.

Digitized by Google

sau, Bremen, Anhalt-Dessau, Kurhessen, Hessen-Darmstadt und Oldenburg. Die Zahl der Commissionsmitglieder betrug schließlich 25; irren wir nicht, so befanden sich unter diesen 10 Kaufleute und 15 Juristen. Die volle Zahl war jedoch nicht immer anwesend, namentlich waren bei der zweiten Lesung des Entwurfs die kaufmännischen Mitglieder nur in der Minderheit erschienen.

Außer Preußen legte auch Oesterreich einen Entwurf zu einem Handelsgesetzbuche vor, welcher im k. k. Justizministerium, sowie im höchsten Reichsrathe berathen worden war. Die Conferenz beschloß in der zweiten vorbereitenden Sitzung einstimmig, den preußischen Entwurf zur Grundlage zu nehmen, dabei aber dem österreichischen Entwurfe, „wenn auch nicht über jeden seiner Artikel abzustimmen wäre, gleichwohl fortwährend volle Beachtung zuzuwenden" *). Der österreichische Abgeordnete, Herr Ritter v. Raule, äußerte bei dieser Gelegenheit, daß beide Entwürfe, der preußische und österreichische, ohnehin im wesentlichen zusammenträfen.

Nachdem sich die Versammlung für die Zugrundelegung des preußischen Entwurfs entschieden, lag es in der Natur der Sache daß sie den ersten Vertreter Preußens, den Geh. Ober-Justizrath Bischoff zum Referenten für die Dauer der Sitzungen bestellte. Ein tragisches Geschick wollte, daß dieser um das Werk der deutschen Handels- und Wechselgesetzgebung und um zahlreiche Zweige des preußischen Rechts hochverdiente Mann mitten in seinem Berufe in Nürnberg durch den Tod hinweggerafft wurde. An seine Stelle als Referent trat bei Beginn der zweiten Lesung der preußische Geh. Ober-Justizrath Heimsöth, der auch an der Entstehung des preußischen Entwurfs im Verein mit Bischoff den meisten Antheil gehabt hatte.

Die erste Berathung des preußischen Entwurfs begann in der ersten ordentlichen Sitzung vom 21. Januar 1857, sie wurde für die drei ersten Bücher in 98 Sitzungen zu Ende geführt. Nachdem sich hierauf die Commission vertagt hatte, wurde am 15. September die zweite Lesung begonnen, welche 78 Sitzungen ausfüllte. Noch vor Beendigung der zweiten Lesung faßte die Commission den Beschluß, die bisherigen Verhandlungen zu veröffentlichen und eine officielle Ausgabe der Protokolle, sowie der aus den Berathungen

*) Protokolle S. 6.

Digitized by Google

hervorgegangenen Entwürfe zu veranstalten. Diese Veröffentlichung ist gegenwärtig erfolgt. Sie liegt vor in dem Werke:

Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Im Auftrag dieser Commission herausgegeben von J. Lutz, k. bayerischem Bezirksgerichtsrath und erstem Secretär der Commission. I. Theil. 1. Heft. III. Theil 1. Heft und Beilagenband 1. Heft. Würzburg 1858, Verlag der Stahel'schen Buchhandlung.

Der erste Theil wird die Protokolle über die erste Lesung des ersten und zweiten Buchs, der zweite Theil die Protokolle über die erste Lesung des dritten Buchs und der dritte Theil sämmtliche Protokolle über die zweite Lesung enthalten. Das Beilageheft gibt die drei ersten Bücher des preußischen Entwurfs (das vierte Buch vom Seehandel, das fünfte vom kaufmännischen Concurse und das sechste von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen sind nicht abgedruckt), ferner zwei österreichische Entwürfe, den s. g. revidirten oder lithographirten und den s. g. ministeriellen oder gedruckten, von denen der letztere die Grundlage des ersteren im Reichsrath revidirten Entwurfes bildete. Endlich verspricht das Beilageheft noch den Abdruck des Redactionsentwurfs, wie er aus der ersten Lesung hervorgieng, und des aus der zweiten Lesung hervorgegangenen Entwurfs.

Die Protokolle, für deren Redaction ein besonderer Ausschuß bestand, waren bisher nur den Regierungen mitgetheilt worden. Zum Verständniß derselben verdient bemerkt zu werden, daß nach der in der I. ordentlichen Sitzung angenommenen Geschäftsordnung eine namentliche Aufzeichnung der einzelnen Staaten oder deren Vertreter immer nur dann stattgefunden hat, wenn es von dem einen oder andern gewünscht wurde*).

Nachdem die erste Lesung des preußischen Entwurfs beendet war, wurde aus den beschlossenen Abänderungen und Zusätzen ein neuer Entwurf redigirt. Es ist dieß der obenerwähnte Redactionsentwurf, der nun sofort der zweiten Lesung zu Grunde gelegt wurde. In der zweiten Lesung wurde die formell wichtige Aenderung vorgenommen, daß der Stoff der bisherigen drei ersten Bücher in vier Bücher vertheilt wurde, man bildete aus dem bishe-

*) Protokolle S. 9.

Digitized by Google

rigen zweiten Buche zwei neue Bücher; das zweite Buch umfaßt jetzt unter dem Titel „von den Handelsgesellschaften" die offene Gesellschaft, die Commanditgesellschaft, die Commanditgesellschaft auf Actien und die Actiengesellschaft. Das neue dritte Buch umfaßt die Lehre von der stillen Gesellschaft, welche nicht als Handelsgesellschaft im Sinne des Gesetzbuchs angesehen und von der Commanditgesellschaft unterschieden worden ist, sowie von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften. Das bisherige dritte Buch ist das vierte geworden.

Wenn nun die Kritik, welche die Commission nach Veröffentlichung ihrer Arbeiten von der Presse erwartet, praktischen Nutzen gewähren soll, so muß sie sich offenbar auf denjenigen Entwurf beziehen, der das Resultat der zweiten Lesung ist. Denn dieser Entwurf wird der dritten Lesung zu Grunde gelegt werden, bei welcher, wie der Abgeordnete für Hamburg mit Recht bemerkte*), in Folge der inzwischen stattgefundenen Kritik erst der Schwerpunkt der Berathungen eintreten wird. Um so mehr ist deßhalb die wenig praktische Reihenfolge zu beklagen, in welcher im Beilageheft des oben erwähnten Werkes der Abdruck der verschiedenen Entwürfe erfolgen soll. Unverkennbar hätte mit dem Abdruck des Entwurfs der zweiten Lesung begonnen werden müssen, mit dessen schleuniger Veröffentlichung der Kritik allein gedient war. Statt dessen gibt der bis jetzt erschienene Theil des Beilageheftes nur die drei ersten Bücher des preußischen Entwurfs, der längst in den Händen des Publicums ist, und einen Theil des revidirten österreichischen Entwurfs.

Auf die Resultate der zweiten Lesung wird auch die nachfolgende Beurtheilung sich vorzugsweise beziehen. Die nationale Angelegenheit der deutschen Handelsgesetzgebung ist aus dem engen Bereich herausgetreten, in welchem sie sich bis jetzt gehalten. Endlich ist der Kritik Gelegenheit gegeben ihre Stimme aus den weitesten Kreisen vernehmen zu lassen. Daß sie dieß thue, ist lebhaft zu wünschen, denn nichts kann irriger seyn als die Annahme, es handle sich in dieser wichtigen Angelegenheit nur um die Interessen des Handelsstandes, nicht aber um die staatlichen und wirthschaftlichen Interessen der ganzen Nation. Anschütz.

*) Protokolle S. 880.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

XIII.

Kurze Anzeigen.

1) Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. Von **Dr. F. W. Schaaf.** Erſter Band. **Zur Lehre von der Culpa.** Heidelberg, bei Bangel und Schmitt. 1858. 211 S.

Dieſe Schrift bezweckt nichts weniger als einen Umſturz der geſammten herrſchenden Theorie über dolus und culpa. Dolus und culpa, ſagt ſie, bezeichnen nicht verſchiedene Grade der Zurechnung (S. 30. 40 ꝛc.). Das römiſche Civilrecht kennt nur Eine Zurechnung; es nimmt Zurechnung an, wo das Individuum mit Bewußtſeyn und Willensfreiheit gehandelt hat, und auf die Frage wie das Individuum ſein Denken und Wollen zu bethätigen habe, gibt es nur die negative Antwort, daß übertriebene Anforderungen abzuweiſen ſeyen, wobei es jedoch auf individuelle Zuſtände Rückſicht nimmt (S. 51). Die denkbaren Verſchiedenheiten des Verhältniſſes eines Erfolgs zum Willen bilden eine unendlich fein abgetönte Scala; es iſt gar nicht möglich auf derſelben feſte Punkte zu unterſcheiden, wie es die herrſchende Theorie mit demjenigen thut, was ſie unter dolus und culpa verſteht (S. 40. 41). Wenn in den Quellen geſagt wird, Jemand hafte für dolus, culpa lata, culpa levis, diligentia, diligentia quam suis etc., ſo ſoll damit nicht geſagt ſeyn, Jemand habe mehr oder weniger Fleiß oder Aufmerkſamkeit anzuwenden, ſondern es ſoll damit ein verſchiedener Inhalt ſeiner Verpflichtung bezeichnet werden. (S. 30. 94. 158. 159. 173). Es ſoll damit nicht geſagt ſeyn: wenn er nicht thue, was er zu thun habe, werde er nur zur Rechenſchaft

Digitized by Google

gezogen, wenn er boshaft sey oder den Schlendrian übertreibe, oder auch wenn er nur die Augen nicht aufmache, sondern: er habe in dem einen Falle anderes zu thun oder zu unterlassen, als in dem anderen (S. 61). Was den Sinn der einzelnen Ausdrücke angeht, so wird darüber folgendes vorgetragen: 1) ***Dolus*** bezeichnet ursprünglich (s. namentlich S. 102. 167) das zurechenbare Unrecht überhaupt (S. 76 fg.), die subjective Seite des Thatbestandes, den „ganzen Thatbestand mit Vorsatz, Beweggrund, Fahrlässigkeit und allem, was darum und daran ist" (S. 98). Dolus hat aber auch eine engere Bedeutung. In dieser bezeichnet er allerdings eine besondere Willensbestimmtheit, aber nicht etwa Vorsatz, — von einem Unterschied zwischen Vorsätzlichem und anderem ist auch hier nicht die Rede, — sondern die „schwere und grobe (Begehung) mit auffälliger, unmittelbar erscheinender Bösartigkeit des Willens", „ein besonders schädliches, auffällig bösartiges Thun", dolus bezeichnet das aber nicht als solches, sondern insofern eben nur es das Zurechenbare ist (S. 100—102, vergl. S. 172. 180 unt.). Endlich bezeichnet dolus auch ein besonderes Delict (S. 103 fg.). 2) Was nicht dolus ist, d. h. nicht zurechenbares Unrecht, ist casus, insofern es aber schädliches Thun ist, heißt es ***culpa***. Dadurch, daß etwas als culpa bezeichnet wird, wird es noch nicht als widerrechtlich bezeichnet; ob es widerrechtlich sey oder nicht, ist dabei eine offene Frage (S. 82. 83). Indem aber gesagt wird: culpa venit, wird gesagt, daß auch solches schädliche Thun oder Unterlassen verantwortlich mache. „Insofern dasselbe vertragswidrig und also recht eigentlich und unmittelbar in der Obligation begriffen ist, ergibt sich die Haftungspflicht des Zuwiderhandelnden als selbstverständlich und bedarf im Grunde jener Bemerkung nicht. Weil aber dolus hat genannt werden müssen, der doch nicht allein stehen darf, bietet sich Anlaß, dieser selbstverständlichen culpa ausdrücklich zu gedenken. Ferner drückt culpa, wenn sie neben dolus allein und ohne diligentia oder custodia steht, als Eigenthümlichkeit dieser Obligation einestheils aus, daß bezüglich des Gegenstandes derselben positive Thätigkeit beansprucht, culpa in non faciendo vertreten werde. Anderntheils bedeutet sie, daß ein gewisses, nicht näher zu bestimmendes Mehr von Leistungen hier angesprochen werde, als in der andern Obligation mit dolus und lata culpa" (S. 161. 162).

Digitized by Google

So „steht auch dolus für dolus und culpa, und hiermit zugleich statt culpa“ (S. 99). 3) ***Lata culpa*** bezeichnet, daß eine culpa, welche an und für sich Widerrechtlichkeit nicht ist, doch als solche anzusehen, also zuzurechnen, und somit dem dolus gleichzustellen sey (S. 79 unt. 83. 113, vergl. S. 165 fg.). 4) ***Diligentia*** ist die Sorgfalt, welche sich in positiver Thätigkeit zeigt; wer zur diligentia verpflichtet ist, haftet nicht bloß für culpa in faciendo, sondern auch für culpa in non faciendo (S. 158. 159). 5) ***Diligentia quam suis etc.*** bezeichnet nicht das Maß von Sorgfalt, woran das Individuum gewohnt ist, sondern die individuelle Leistungsfähigkeit (S. 196. 201. 202. 205).

Indem Ref. hiermit einen möglichst getreuen Bericht über den Hauptinhalt der vorliegenden Schrift gegeben hat, muß er es dem Leser überlassen, wenn es ihm wünschenswerth erscheinen sollte, sich durch eigene Einsicht näher mit derselben bekannt zu machen. Er selbst kann sich nur dahin aussprechen, daß er durch des Verfassers Ausführungen nicht im mindesten weder an der herrschenden Ansicht irre gemacht, noch für die des Verfassers gewonnen worden ist. Auch im Einzelnen zeigen diese Ausführungen manches Bedenkliche. So beruft sich der Verfasser zum Beweise dafür, daß die Sorgfalt des guten Hausvaters kein brauchbarer Maßstab sey, darauf daß die Hausväter Verschiedenes treiben, es sich also jedenfalls nur darum handle, wie ein Hausvater gerade dieser Kategorie, um den es sich eben handle, sich zu benehmen pflege; nun aber zeige das Recht eine nicht undeutliche Mißbilligung der Art und Weise, wie gewisse Classen es zu halten pflegten, z. B. die nautae, caupones. „Hiernach (sic) ist der paterfamilias als solcher uns unter der Hand entschwunden, und kann für das Wie fleißig und aufmerksam, das er bestimmen sollte, weiter nicht als Richtschnur dienen“ (S. 136). Als wenn das Recht deßwegen weniger die Sorgfalt eines guten Hausvaters verlangte, weil die zu seiner Kategorie gehörigen Menschen gewöhnlich keine guten Hausväter sind! In demselben Zusammenhang wird geltend gemacht, daß ein guter Hausvater doch seinen Wein nicht auslaufen lasse; das dürfe aber der Verkäufer, wenn der Käufer den Wein nicht zur rechten Zeit abführe (S. 138). An den Einfluß des Verzuges hat der Vers., wie es scheint, nicht gedacht. Sogleich auf der folgenden Seite wird daraus argumentirt, daß

Digitized by Google

zwar der Pfandgläubiger verpflichtet ſey, den ihm zum Pfand gegebenen Sklaven unterweiſen zu laſſen, nicht aber der Verkäufer den verkauften; in der für Jenes angeführten l. 25. D. de pign. act. heißt es aber nur, daß der Pfandgläubiger, wenn er es thue — mit gewiſſen Maßgaben — Erſatz ſeiner Auslagen verlangen könne. Es wird zwar in derſelben Stelle auch geſagt, der Pfandgläubiger dürfe den Sklaven nicht vernachläſſigen, aber dieß auf die Verpflichtung zur Unterweiſung zu beziehen, iſt eine durchaus willkürliche Interpretation. Dieſe Beiſpiele ließen ſich vermehren. Die Darſtellung zeichnet ſich weder durch Klarheit aus, noch hält ſie überall den Ton feſt, welcher allein dem Ernſte wiſſenſchaftlicher Forſchungen angemeſſen iſt (vergl. S. 36. 48. 56. 61. 75. 161. 182). B. W.

---

2) F. Laurent. Études sur l'histoire de l'Humanité. Les Barbares et le Catholicisme. Gand. 1857.

Dieſes Buch, das für ſich ein Ganzes bildet, iſt zugleich der fünfte Band des großen Werks „über die Geſchichte der Humanität", zu welchem ſich die anfängliche „Geſchichte des Völkerrechts" erweitert und geſteigert hat. Es iſt bezeichnend für die kirchlich und politiſch gereizten Zuſtände von Belgien vor dem Sturz des Miniſteriums de Decker, daß ſich dort kein Verleger getraute, dieſes rein wiſſenſchaftliche Werk in ſeinen Verlag zu nehmen. Das ſehr bedeutende Buch, welches ſich den früheren Arbeiten des berühmten Rechtsgelehrten aufs würdigſte anreiht, behandelt in 4 Büchern: 1) Die Einwanderung und Einwirkung der Barbaren, wie die Franzoſen heute noch, oder der Germanen, wie wir richtiger ſagen. In der Auffaſſung der germaniſchen Urzuſtände ſucht Laurent eine vermittelnde Stellung einzunehmen zwiſchen den neuern franzöſiſchen und deutſchen Hiſtorikern. In Deutſchland wird man vielleicht finden, er habe den franzöſiſchen Anſichten, welche in den Germanen Wilde und in den romaniſchen Provinzialen Hochciviliſirte ſehen, zu erhebliche Conceſſionen gemacht. Immerhin aber weist er mit Recht nach, daß die germaniſche Ueber-

Digitized by Google

fluthung des alten römischen Reiches ein providentielles Ereigniß gewesen, und daß Europa die Anerkennung und Ausbildung der individuellen und politischen Freiheit vorzüglich der Einwirkung des germanischen Geistes und Charakters weit mehr als dem Christenthum zu verdanken habe.

2) Den Katholicismus. „Das Christenthum und die Germanen sind die wesentlichen Elemente der modernen Civilisation." Die Germanen hielten das Christenthum aufrecht und lebensfrisch, und das Christenthum übernahm die moralische und anfangs auch die intellectuelle Erziehung der Germanen. Ohne die Germanen wäre das Christenthum in Europa wieder untergegangen oder in orientalische Dumpfheit versunken, ohne das Christenthum wären die Germanen in Berührung mit der demoralisirten römischen Welt in Frevel und Laster verdorben. Damit die Kirche ihre große Mission der Erziehung jugendlicher Völker erfülle, nicht alle Völker feindlich wider einander stehen, war höchste Autorität und Einheit nöthig, und das Papstthum war beides. Sehr lehrreich und schön ist das Ungenügende der bischöflichen Aristokratie im fränkischen Reiche geschildert, und sind im Gegensatze dazu die moralischen Verdienste der römischen Bischöfe um die Gesittung der Welt hervorgehoben, welche das Emporsteigen der päpstlichen Macht begründen und für die damalige Zeit rechtfertigen.

3) Die Araber. Mit Nachdruck werden die civilisirenden Elemente des Islam hervorgehoben und Mahomed wider die unkritischen Vorurtheile unserer früheren Literatur in Schutz genommen. Auch dem Islam wird eine berechtigte Mission zugeschrieben sowohl für die orientalischen Völker, als zur Erhaltung der einheitlichen Gottesidee für die Menschheit. Aber wie die politische Einigung des romano-germanischen Reiches unter den Karolingern nicht von Dauer war, sondern dieses in neue größere Zahl politischer Körper während des Mittelalters aus einander fiel, so gelang es auch den Arabern nicht, in dem Kalifat eine dauernde Einigung zu finden, und sowohl religiös als politisch trennten sich die Muselmänner. Damit war die Welt von der Einseitigkeit eines Systems gerettet.

4) Das Byzantinische Reich. Mit wenigen aber großen Zügen wird die gealterte und untergehende Civilisation des

oströmischen Reiches geschildert, vorzüglich auch in ihren Beziehungen zu Staat und Kirche. B.

---

3) Ed. Osenbrüggen. Deutsche Rechtsalterthümer aus der Schweiz. Erstes Heft. Zürich 1858.

Dieses Heft enthält 8 kleinere Aufsätze, welche zuerst in der Monatsschrift des wissenschaftlichen Vereins in Zürich erschienen, aber offenbar darauf angelegt sind, zu einer größern Sammlung schweizerischer Rechtsalterthümer heran zu wachsen. Der Jurist und der Culturhistoriker finden darin eine Reihe interessanter Bemerkungen, und besäßen wir einen deutschen Walter Scott, so würde derselbe auch einem solchen viele treffliche Motive zu anziehenden Charakterbildern aus früherer Zeit entnehmen können. Besprochen werden:

1) Das Kolenberger Gericht in Basel. Dieses merkwürdige Gericht scheint im XIV. Jahrhundert entstanden zu seyn. Richter und Urtheiler in demselben waren ächte Proletarier, sogenannte „Freiheitsknaben" Baslerische Sackträger. Der Richter mußte mit nacktem rechten Schenkel in einem Zuber Wasser sitzen und die Urtheiler saßen ebenso mit bloßem rechten Schenkel und nackten Füßen, derbe Ohnehosenleute. Die nach älterem Rechte anrüchigen und rechtlosen Leute, als Gaukler, Vaganten, Henker und Henkersknechte, fahrende Weiber u. s. f. fanden da ihre Gerichtsstätte, die unter dem Schutz des Blutvogtes der Stadt stand. Ryff, der das Gericht beschreibt, berichtet, es gebe in Deutschland noch zu Augsburg und Hamburg ähnliche Gerichte. Es ist der Mühe werth auch in diesen Städten nachzuforschen, ob sich noch Erinnerungen daran vorfinden.

2) Die Blutrache. Sie erhielt sich in der Schweiz viel länger als in Deutschland, unter merkwürdigen Modificationen. Um sich der Blutrache zu sichern, überließen die männlichen Erben eines Getödteten die gerichtliche Klage gegen den Todtschläger den weiblichen Erben. War dieser flüchtig, so wurde noch im XVI. Jahrhundert der Leib desselben der „Freundschaft", Sippschaft des

Digitized by Google

Getödteten zugetheilt; und bis am Ende des XVII. Jahrhunderts kommen noch Sühnverträge vor mit der Sippe des Entleibten.

3) Das Ertränken und das Schwemmen. Die letztere Strafe wurde am häufigsten gegen unzüchtige Weiber angewendet, zuweilen aber auch und sogar die erstere Todesstrafe gegen Häretiker. Den sentimentalen Schwärmern für das Mittelalter sind ähnliche kalte Bäder zu empfehlen, damit sie auch die barbarische Grausamkeit jener Zeit kennen lernen. In Basel taucht zuerst einige Neigung zur Milde auf. Kindsmörderinnen wurden daselbst gebunden und in den Rhein geworfen, aber zugleich verordnet, daß wenn sie unterhalb des St. Thomasthurmes noch lebend seyen, sie aus dem Wasser gezogen und gerettet werden sollen; und der befreienden Gnade des Wassers wurde überdem dadurch nachgeholfen, daß man ihnen Schwimmblasen mitgab.

4) Das Lebendigbegraben der Kindsmörderinnen kommt trotz der furchtbaren Rohheit dieser Strafe — die Verurtheilten wurden in ein Bett von Dörnern gelegt, und damit sie länger leiden, ihnen ein Rohr in den Mund gesteckt, durch welches sie athmen konnten — noch zu Ende des XVI. Jahrhunderts vor.

5) Frevel unter ruhigem Rasen zum Schutz des Hausfriedens schärfer verpönt.

6) Gnade bei Recht. Die Gnade erscheint hier nicht bloß als Begnadigung auch auf die Bitte der Verwandten, der Geistlichkeit u. s. f., sondern als „Richten nach Gnade" im Gegensatz vom „Richten nach Recht."

7) Die Unschuldsrose, eine Sitte im Engadin; dem Freigesprochenen wurde von einer Jungfrau eine Rose gereicht, die indessen offenbar romanisch, nicht germanisch ist. Dagegen ist die Rose in den Speisezimmern, unter der man traulicher sich aussprach, deutsch.

8) Der Eid der Verschwiegenheit. Eine Formel wird mitgetheilt, welche die Verschwiegenheit bis zum Tode verspricht. B.

Digitized by Google

4) Der Richtsteig Landsrechts nebst Cautela und Premis herausgegeben von **Dr. C. H. Homeyer**; Berlin G. Reimer, 1857 X und 574 S. 8.

In einer umfassenden Einleitung gibt der verdiente Herausgeber, ein sorgfältig gearbeitetes Verzeichniß der Handschriften und Drucke des Richtsteigs Landrechts (S. 1—28), eine eingehende Erörterung über die Geschichte dieses Rechtsbuches (S. 28—71); endlich motivirten Aufschluß über den Plan seiner eigenen Ausgabe und deren Verhältniß zu den früheren (S. 72—80). — Es werden aber 74 Handschriften der Quelle aufgezählt, zu welchen während des Druckes noch eine weitere neuaufgefundene hinzukam, (vgl. S. 573), und von welchen nur einige wenige gegenwärtig verschollen sind. Der gedruckten Ausgaben aber werden 15 genannt, von welchen die 12 ersten noch dem 15. oder doch den ersten Jahrzehnten des 16. Jahrhunderts angehören; die mangelhafte Reproduction eines dieser älteren Drucke durch Ludovici (1718), die nicht correctere Mittheilung eines andern Textes in dem Senkenberg'schen Corpus juris Germanici (1760), endlich eine neuere aber nur auf eine einzige Hs. und die älteren Drucke gestützte Ausgabe von Unger (1847) ist alles, was die späteren Jahrhunderte noch für das Rechtsbuch gethan haben. Die neue von Homeyer besorgte Ausgabe, für welche 62 handschriftliche und 5 gedruckte Texte zumeist vollständig, theilweise aber wenigstens für einzelne Stellen verglichen wurden, war hiernach keineswegs ein überflüssiges Unternehmen; daß dieselbe aber auch keine verfehlte sey, dafür bürgt bereits der für derartige Werke längst erprobte Ruf des Herausgebers, welcher auch in diesem Falle wieder nicht nur mit der bedächtigsten Sorgfalt für die Herstellung eines kritisch verläßigen Textes, sondern zugleich auch durch passende Summarien, Verweisung auf Parallelstellen und neuere Litteratur, dann erläuternde eigene Bemerkungen für die Belehrung sowohl als für die Bequemlichkeit des Lesers nach Kräften zu sorgen bemüht war. — Vom höchsten Interesse ist, was der Herausgeber in Bezug auf die Geschichte der Quelle an Ergebnissen gewonnen hat. Nicht nur wird die bereits früher vermuthete Autorschaft des bekannten altmärkischen Ritters Johann von Buch mit guten Gründen erwiesen, und die Genealogie und Lebensgeschichte des Mannes, soweit die dürftigen Quellen es erlauben, festgestellt, sondern es

Digitized by Google

wird auch dargethan, daß der Richtsteig nach der Glosse zum Sächsischen Landrechte, welche auf denselben Verfasser zurückzuführen ist, geschrieben worden sey, und ursprünglich nur als Schlußstück dieser letzteren Arbeit sich anreihte; erst später wurde derselbe als ein selbständiges Werk von der Glosse abgetrennt, was dann zur Folge hatte, daß der Prolog, welcher von dieser zum Richtsteig herüberzuführen bestimmt gewesen war, nunmehr diese seine Uebergangsbedeutung und damit seine Verständlichkeit einbüßte. Sinnlose Entstellung des Prologs und die wunderlichsten Mißverständnisse über die Entstehung und Bedeutung des Rechtsbuches selbst waren wieder hievon eine Folge, und sogar Senkenberg mußte sich noch dabei beruhigen, daß dieses auf die gesetzgeberische Thätigkeit Kaiser Friedrichs des Rothbarts zurückgeführt wurde! Auch Gerke von Kerkow, welchen eine dem Ende des 14. Jahrhunderts angehörige Hs. als des Ritters von Buch Mitarbeiter nennt, wird nicht unbeachtet gelassen, und es gelingt dem Herausgeber, denselben mit ziemlicher Sicherheit in einem gleichnamigen Mündel Johannes wiederzufinden. Als Abfassungszeit der Quelle wird ungefähr das Jahr 1335 festgestellt, als Entstehungsort die Altmark, als deren ursprüngliche Mundart aber die hier landesübliche niedersächsische. — Die Frage, wiefern ältere ähnliche Darstellungen des römisch-canonischen Processes auf die Arbeit des märkischen Ritters bestimmend eingewirkt haben, wird dahin beantwortet daß ein solcher Einfluß, und zwar des speculum judiciale des Durantis, allerdings wahrscheinlich sey, keinenfalls aber weit genug gereicht haben könne, daß dadurch das selbständige Verdienst des deutschen Juristen geschmälert zu werden vermöge. Sich selbst bezeichnet die Quelle, welche in den Hss. nicht selten mit dem Sächsischen Landrechte, dem Richtsteige Lehnrechts oder auch anderen kleinern Stücken in Verbindung tritt, als Richtsteig, d. h. als Weg des Gerichtes, ganz ebenso wie im altisländischen Rechte der das Strafrecht behandelnde Abschnitt sich Vígslóði, d. h. Weg in Todtschlagsachen, nennt. Schwieriger zu erklären ist ein zweiter Name, unter welchem das Rechtsbuch ebenfalls hin und wieder vorkommt, der Name scheveklot, schedeklot schepenkloit; der Herausgeber hält mit Verwerfung der gewöhnlichen Deutung als glossa scabinorum, die letztere, obwohl seltenste Form für die ursprüngliche, und erklärt das Wort als Stab oder

Digitized by Google

Stütze der Schöffen. Ueber die Vorrede sowohl als die beiden, in den Hss. meist ganz oder theilweise fehlenden Nachreden, über die schwankende Capiteltheilung des Hauptwerkes selbst, über die Rubriken und Summarien, die Allegate zumal aus dem Sachsenspiegel, endlich über ein sich findendes Remissorium gewährt der Herausgeber genauen Aufschluß; nicht minder aber auch darüber, wie der Verfasser seine Aufgabe sich stellte, und wie er dieselbe zu lösen suchte. Nur auf das einheimische, und nur auf das Landrecht richtet Herr Johannes sein Augenmerk; aber freilich zeigt dieses mit dem ein volles Jahrhundert älteren Sachsenspiegel verglichen bereits mancherlei Abweichungen. Nicht nur die äußere Form des Verfahrens, sondern auch das materielle Recht in seiner Geltendmachung vor Gericht soll aber gelehrt werden, und der Herausgeber weist des Näheren nach, wie der Verfasser dabei seinen Stoff behandelte; eine Uebersicht über die Anordnung der Materien (S. 47—49) zeigt zumal, wie sehr derselbe an systematischer Klarheit und Ordnungssinn seinem Vorgänger, Herrn Eike von Repgow, überlegen war. Wiederum wird über die Textgestaltung des weitverbreiteten Rechtsbuches eingehender Bericht erstattet. Fünf Hauptrecensionen werden unterschieden, welche an landschaftliche Gegensätze sich anschließen, eine niedersächsische, obersächsische, rheinisch-hessische, süddeutsche und schlesische; die charakteristischen Merkmale jeder Hauptgruppe nicht nur, sondern auch der Unterabtheilungen, in welche sie selbst wieder zerfallen, werden angegeben und es wird festgestellt, daß die niedersächsische Recension die älteste sey, aus welcher sich, und zwar auf selbständigen Wegen, die zweite und dritte Classe entwickelt habe, während die vierte aus der dritten, die fünfte aber aus einer Combination der ersten und zweiten entstanden sey. Bei seiner eigenen Ausgabe legte demgemäß Homeyer jene erste Textgestaltung und zwar in ihrer ursprünglichsten, märkischen Fassung zu Grunde, doch so, daß auch ein der zweiten Recension angehöriger Text vollständig mitgetheilt, und überdieß in den reichen Variantennachweisen auch auf die übrigen Hss. Classen Rücksicht genommen wurde. — Endlich gibt der Herausgeber auch noch über einige verwandte Arbeiten Aufschluß, welche entweder wie z. B. das Berliner Schöffenbuch, den Richtsteig in mehr oder minder umfassender Weise ausgenutzt haben, oder auch ohne ihn auszuziehen die Schilderung des gerichtlichen Verfahrens in ähn-

Digitized by Google

licher Weise wie jener sich zur Aufgabe setzten (dahin z. B. der Richtsteig Lehnrechts, die Blume des Sachsenspiegels, und dergleichen m.), oder endlich wenigstens beiläufig in eine ähnliche Richtung gerathen, wenn sie auch zunächst etwas andere Zwecke verfolgen (z. B. das sächsische Weichbild, die sächsischen Distinctionen u. s. w., auch die Gerichtsformeln lassen sich hier anreihen).

Als Beigabe läßt der Herausgeber seiner Ausgabe nicht etwa nur, worauf schon der Titel seines Werkes hinweist, einen Abdruck der Cautela und Premis folgen, zweier kleiner processualischer Arbeiten des Hermann von Oesfeld aus der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts (S. 390—98), sondern auch eine Reihe von Gerichtsformeln, welche eine Hs. des Joachimsthaler Gymnasiums zu Berlin enthält (S. 327—38), eine eingehende Erörterung über die Blume des Magdeburger Rechts und die Blume des Sachsenspiegels, beides Arbeiten des um die Gränzscheide des 14. und 15. Jahrhunderts lebenden Nikolaus Wurm, (Vermis) eines der thätigsten juristischen Schriftsteller jener Zeit, über dessen mannichfaltige Wirksamkeit reiche Aufschlüsse gegeben werden (S. 339—354 und 354—381). Von beiden Werken werden zugleich umfassende Proben mitgetheilt; ebenso aus der ziemlich selbständigen fünften Classe der Hss. des Richtsteigs (S. 381—389), aus der Weichbildsglosse der Berlin-Steinbecker Hs. (S. 399—406), sowie aus den Summarien zum Richtsteige (S. 406—10). Sind bereits diese Beigaben im höchsten Grade dankenswerth, so möchten wir dieß in noch weit höherem Maße von einer ausführlichen Darstellung des Gerichtswesens nach dem Richtsteige sagen, welche der Herausgeber auf S. 417—520, dann von einem mit längst bekannter Sorgfalt ausgearbeiteten Glossare behaupten, welches derselbe auf S. 521—72. beigefügt hat. Leider gestattet die Knappheit des hier verfügbaren Raumes nicht ein genaueres Eingehen auf jene Schilderung des Gerichtswesens, soviel des Neuen und Belehrenden auch aus derselben mitzutheilen wäre; doch mag wenigstens soviel zur Ergänzung meines im vorigen Bande dieser Zeitschrift enthaltenen Aufsatzes über das deutsche Beweisverfahren bemerkt werden, daß Homeyer an der principiellen Scheidung des Zeugen- und Eidhelferbeweises auch für die Zeit des Richtsteiges festhält, und mit sehr beherzigenswerthen Gründen nachzuweisen sucht,

Digitized by Google

daß nur ein Weichen der Eidhelfer vor den Zeugen, nicht ein Uebergehen jener in dieſe im ſpätern Mittelalter ſtattgefunden habe.

Mr.

---

5) Geſchichte des deutſchen Gerichtsverfahrens, von **Dr. Heinrich Siegel,** a. o. Profeſſor des deutſchen Rechts an der k. k. Univerſität zu Wien. Erſter Band; Gießen, 1857. J. Ricker'ſche Buchhandlung. VIII. u. 285 S. 8., ſammt einer Tabelle.

Der Verſuch, das deutſche Gerichtsverfahren zum Gegenſtand einer eingehenden monographiſchen Darſtellung zu machen, wird gewiß von jedem Einſichtigen freudigſt begrüßt werden. Ebenſo wird man es nur loben können, wenn ein ſolches Unternehmen auf einen ſo breiten Rahmen angelegt wird, wie dieß im gegenwärtigen Falle geſchehen zu wollen ſcheint; nur das altdeutſche Verfahren, d. h. das Verfahren der vorchriſtlichen Zeit, wird nämlich vom Verfaſſer in dieſem ſeinem erſten Bande behandelt, und es dürfte ſomit, wenn anders auch die ſpäteren Perioden mit gleicher Ausführlichkeit beſprochen werden ſollen, allerdings noch eine anſehnliche Reihe von Bänden zu erwarten ſeyn, ehe das Werk ſeinen Schluß erreicht haben wird. Minder einverſtanden möchten wir uns dagegen mit dem Standpunkt erklären, auf welchen ſich der Verf. bei der Bearbeitung ſeines erſten Bandes geſtellt hat. Als Quellen benützt derſelbe nämlich, abgeſehen von den vergleichsweiſe dürftigen Angaben einzelner Geſchichtſchreiber, dann den ebenfalls nicht ſehr ergiebigen fränkiſchen Capitularien, Formelbüchern und Urkunden, vor allem „die Küren der deutſchen Stämme"; als ſolche betrachtet er aber nur die Lex Salica, Ripuariorum und Chamavorum, dann die Geſetzbücher der Alamannen und Bayern, der Sachſen und Frieſen, endlich der Thüringer, während er die burgundiſchen und weſtgothiſchen, die langobardiſchen und angelſächſiſchen Rechtsquellen nur als „Geſetze verwandter Stämme" bezeichnet, und nur im weiteren Abſtande „zur Erklärung dunkler und Ausfüllung lückenhafter Stellen" beiziehen zu ſollen glaubt; ganz ausdrücklich wird dabei zwiſchen der Geſchichte des germaniſchen und der Geſchichte des in jener Weiſe begrenzten deutſchen

Digitized by Google

Rechts geschieden, und die Meinung ausgesprochen, daß diese letztere, ja sogar die Geschichte der einzelnen Stammrechte erst liquid gestellt seyn müsse, ehe der Versuch zu jener erstern überzugehen mit Erfolg gemacht werden könne. Gegen eine solche Stellung der Aufgabe glauben wir nun von vornherein Widerspruch erheben zu müssen, und zwar in zwiefacher Richtung. Zunächst nämlich möchten wir den Begriff des deutschen Rechts, wie ihn der Verfasser aufstellt, für die Zeit nicht passiren lassen, mit welcher derselbe es in diesem Bande zu thun hat. Daß „in der heidnischen Zeit" keine Staatsgemeinschaft die verschiedenen Stämme unter sich verband, vielmehr jeder von diesen für sich sein gesondertes Daseyn führte, ist allgemein bekannt; im Sinne jener Zeit kann hiernach nur jedes einzelne Stammrecht gesondert betrachtet, oder allenfalls, wenn man auf die unzweifelhaft vorhandene, wenn auch im Bewußtseyn des Volkes selbst noch nicht lebendige nationale Gliederung Rücksicht nehmen will, je eine größere oder kleinere Gruppe von solchen zusammengefaßt werden, welche in näherer stammlicher Verwandtschaft ihren Zusammenhalt findet. Wir würden es also begreifen, wenn der Verfasser nur das Recht eines einzelnen Stammes, z. B. des fränkischen, zum Gegenstand seiner Betrachtung gemacht hätte, begreifen auch, wenn er alle germanischen Rechte, oder alle südgermanischen im Gegensatz zu den nordgermanischen, oder endlich wenigstens die sämmtlichen oberdeutschen, niederdeutschen oder ostdeutschen (gothischen) Rechte hätte behandeln wollen; daß derselbe aber das Recht der Bayern und Alamannen bespricht, dagegen die Gesetze der eben so gut oberdeutschen Langobarden principiell ausschließt, das friesische und sächsische Volksrecht heranzieht, die angelsächsischen Quellen aber bei Seite legt, daß er zwar ober- und niederdeutsche Rechte verbindet, aber die gothischen fern hält, während doch die ostdeutschen Stämme jenen ersteren näher verwandt sind, das scheint uns in keiner Weise gerechtfertigt. Für den Verfasser war offenbar nur der Umstand bestimmend, daß die einen Stämme in dem späteren deutschen Reiche wirklich ihre Stelle finden, während dieß bei den andern nicht der Fall ist; damit wird aber in die ältere Zeit ein Moment hineingetragen, welches ihr in keiner Weise angehört und einer Thatsache Gewicht verliehen, welche weder in der nationalen Gliederung des Gesammtvolkes irgend wie begründet, noch auch in der Zeit, um welche es

Digitized by Google

sich hier allein handelt, auch nur in ihren ersten Keimen angedeutet ist. Zweitens. Wenn nach dem Bisherigen die gesonderte Behandlung wenigstens eines einzelnen Stammrechts oder auch einer eng begrenzten Gruppe national näher verwandter Stammrechte noch als zulässig erscheinen durfte, so wird auch sie nach unserm Dafürhalten unzulässig, sowie die Urzeit ihres Volkes betrachtet und aufgehellt werden soll. Die Volksrechte, welche, wie der Verf. selbst nachdrücklich betont, für derartige Forschungen nahezu die alleinige Quelle bilden, gehören bereits einer späteren Zeit und Zuständen an, die durch gar mancherlei in Mitte liegende Einflüsse wesentlich modificirt sind; Rückschlüsse aus diesen späteren Zuständen auf die früheren müssen gezogen werden, wenn man nicht überhaupt darauf verzichten will, die Urverfassung unseres Volkes sich klar zu machen. Nun ist dieß Vorgehen auf diesem Wege an sich schon ein sehr bedenkliches, und die Unsicherheit wird noch vermehrt durch den überaus fragmentarischen Charakter, welcher den Volksrechten selbst zumeist noch zukommt; nur die Vergleichung verschiedener Rechte in dieser ihrer spätern Entwicklung vermag noch einige Gewähr gegen reine Willkürlichkeiten zu bieten, indem sie theils ein umfassenderes Material zur Verfügung stellt, theils auch durch die divergirenden Wege der individuellen Weiterbildung jedes Rechtes, welchen umgekehrt ein Convergiren für den in die frühere Zeit Zurückblickenden gegenüberstehen muß, die Möglichkeit gewährt, den Urzuständen von verschiedenen Seiten aus näher zu kommen und eben dadurch den wesentlichen Kern des Gemeinsamen von den zufälligen Aeußerlichkeiten seiner Einkleidung und concreten Gestaltung bei jedem einzelnen Stamme zu scheiden. Klar ist, daß diese Vergleichung um so sicherere Ergebnisse liefern wird, je reicher der Stoff ist, auf welchen sie sich stützen kann; nicht minder klar aber auch, daß selbst im günstigsten Falle, bei Benützung also des umfassendsten Materials, welches überhaupt zusammenzubringen ist, des Zweifelhaften und Bedenklichen noch mehr als genug übrig bleiben muß. Von hier aus möchten wir nun den Schluß ziehen, daß für denjenigen, welcher die Urzustände des deutschen Volkes behandeln will, jede Beschränkung auf ein einzelnes Stammrecht nicht nur, sondern auch auf eine mehr oder minder eng begrenzte Gruppe von Stammrechten unstatthaft, dagegen die gleichmäßige Benutzung der sämmtlichen älteren germani-

Digitized by Google

schen Rechte das allein zulässige Verfahren sey, und wir führen für diese Behauptung überdieß auch noch die weitere Thatsache an, daß wie auf so manchem andern Gebiete, so auch auf dem rechtlichen gerade die nordischen Quellen sowohl nach Umfang und Zahl wie nach der Beschaffenheit ihres Inhalts ganz vorzugsweise geeignet sind, ein lebendiges Bild altgermanischer Zustände zu gewähren. Man wolle unsere Meinung nicht mißverstehen. Wir sind mit dem Verf. vollkommen darüber einverstanden, daß die Erforschung der einzelnen Stammrechte als solcher für eine zukünftige gesammtgermanische Rechtsgeschichte erst den Grund zu legen habe: wir glauben nur, daß von dem Standpunkt des einzelnen Stammrechtes aus nicht weiter in der Geschichte zurückgegangen werden dürfe, als die positiv vorhandenen Quellen reichen, und daß sowie man sich auf Combinationen über vorhistorische Zustände einlassen will, wenn überhaupt einer, so doch jedenfalls nur jener umfassende die gesammte germanische Urwelt überschauende Standpunkt noch berechtigt erscheine.

Soviel über den Standpunkt, von welchem aus der Verf. seinen Plan sich abgesteckt hat. Was sodann dessen Durchführung und zwar zunächst die Anordnung des Stoffes betrifft, so handelt derselbe in einer Einleitung (S. 7—48) von der Rache und Fehde der Pfändung um kundbare Schuld und der Besitznahme von eigenen Sachen, also von der Begrenzung des gerichtlichen Gebietes durch das Bereich der Eigenmacht. Nach einer kurzen Erörterung über die Grundlage und den Charakter des ältesten Gerichtsverfahrens wird sodann gesondert von der Einleitung des Verfahrens vor Gericht (S. 61—96), dann aber von dem Verfahren vor und mit dem Gerichte gehandelt (S. 96—258) und zwar insbesondere von dem ersten Verfahren (S. 115—224), das Beweisrecht (S. 161—215) mit eingeschlossen, von dem Beweisverfahren (S. 225—40), dem Befriedigungsverfahren (S. 240—52), und Dritthandverfahren (S. 252—8). In einer Reihe von Beilagen folgen sodann noch Excurse über einzelne ausführlicher zu besprechende Punkte, und die beigegebene Tabelle gewährt eine Zusammenstellung der Bestimmungen unserer deutschen Volksrechte über die Größe der Eide. Fleißige Sammlung des vorhandenen Materials und verständige Handhabung desselben, dann auch sorgsame Benützung der bisherigen Leistungen läßt sich dem

Digitized by Google

Werke mit gutem Gewissen nachrühmen; doch scheint uns der Verf., und es hängt dieß offenbar mit der zu engen Begrenzung des von ihm benützten Quellenkreises zusammen, mitunter zu vagem Räsonement gegriffen zu haben, wo noch von positivem Materiale aus zu argumentiren gewesen wäre, und in solchen Fällen wird derselbe auch wohl hin und wieder seinen Vorgängern nicht ganz gerecht. Es kann nicht unsere Absicht seyn, die einzelnen Ergebnisse der immerhin sehr schätzbaren, wenn auch noch keineswegs mit allen Schwierigkeiten völlig abschließenden Arbeit an diesem Orte zu besprechen; doch mag beispielsweise wenigstens der eine oder andere Punkt hervorgehoben werden, welcher geeignet scheint, das vorher Bemerkte zugleich zu erläutern und zu belegen. Ein solcher Punkt liegt aber bereits in dem gegeben, was der Verf. über das Fehdewesen sagt. Derselbe nimmt an, daß schon in der ältesten Zeit der Fehde eine förmliche Absagung des Friedens vorausgehen mußte, wie dieß im spätern Mittelalter bekanntlich allerdings der Fall war, obwohl er zugesteht, daß es an äußern Zeugnissen für diese Behauptung gänzlich fehle (S. 17); er nennt es ferner eine „seltsame Zumuthung", wenn Wilda den Satz aufstellt, daß der Widerstand gegen die berechtigte Gewalt ein widerrechtlicher und verbotener gewesen sey (S. 18). Hätte sich derselbe aber auch nur einigermaßen auf die nordischen Quellen einlassen mögen, so hätte ihm sofort die Unrichtigkeit jener ersten Annahme einleuchten müssen; so hätte er ferner oft genug die Formel gefunden: „wenn die fallen, die Widerstand leisten, da fallen sie unheilig, jene aber heilig, welche angreifen," u. dgl., was denn doch unzweifelhaft den Sinn hat, daß der in gerechter Selbsthülfe Begriffene wegen der aus solchem Anlasse von ihm verübten Gewaltthat nicht zu Buße oder Strafe gezogen werden kann, wogegen der solcher gerechten Gewalt sich Widersetzende jede Verletzung zu büßen hat, welche er dem Gegner durch seinen Widerstand zufügt. In diesem Sinne, und nur in diesem will Wilda offenbar seinen Satz verstanden wissen, ist dieser somit allerdings gerechtfertigt, und läßt sich mit aus der angeblichen Natur der Sache hergeholten, aber durch keine Quellenzeugnisse unterstützten Gründen gegen die Benützung der Analogie der nordischen Rechte für das deutsche nicht ankämpfen. Ebenso ungenügend ist, und zwar aus demselben Grunde, was der Verf. (S. 27 u. folg.)

Digitized by Google

über die Beendigung der Fehde durch Vergleich beibringt, und zumal möchte sich die, nach Kemble's Vorgang, von ihm versuchte Auffassung des Friedensgeldes als einer Zahlung an diejenigen, welche eine Sühne vermittelt haben, nicht rechtfertigen lassen. — Mit vollem Recht betont der Verf. wiederholt, wie das älteste Verfahren noch überall auf die eigenmächtige Rechtsverfolgung als Ursprung und Vorbild zurückdeute; weit größere Schärfe hätte aber seine Darstellung gewinnen können, wenn er dem Verfahren zumal nach altnorwegischem Rechte seine Aufmerksamkeit hätte zuwenden wollen. Auch über den Gegensatz des formellen und formlosen Versprechens, welchen der Verf. sehr richtig hervorhebt, wenn er auch darin irrt, daß er den Gebrauch bestimmter Wortformeln dem ältesten Rechte abspricht (S. 39—40), dann über das hiemit in Verbindung stehende Verfahren mit testatio (S. 69—73), wäre ohne Vergleich größere Klarheit zu erreichen gewesen, wenn die gerade in dieser Beziehung ungemein belehrenden Bestimmungen des norwegischen Rechts nicht unbenützt geblieben wären. Die Behauptung, daß das älteste Recht den Gegensatz des Civil- u. Strafprocesses nicht gekannt habe (S. 58), wäre solchenfalls wohl unausgesprochen geblieben, und vielleicht umgekehrt durch die Annahme ersetzt worden, daß derselbe dem germanischen Rechte höchst fundamental, ja daß im gewissen Sinn nur der Strafproceß vor dem Gerichte des Staats, der Civilproceß aber, und zwar mit für die verschiedenen Fälle verschiedenem Verfahren, jederzeit außerhalb desselben und höchstens vor einem von den Streittheilen selbst zu bestellenden Schiedsgerichte geführt worden sey. Doch wir wollen hier unsere Bemerkungen beschließen, soviel wir auch noch, zumal auch über das Beweisrecht und Beweisverfahren auf dem Herzen hätten, verwahren uns aber feierlichst gegen die Mißdeutung, als wolle durch das Hervorheben gerade solcher Punkte, hinsichtlich deren wir von dem Verf. abweichen, oder doch nicht bei demselben stehen bleiben zu sollen glauben, der freudigen Anerkennung Abbruch geschehen, welche wir demselben für seine schätzbare Schrift schulden.

Mr.

Digitized by Google

6) Die Geschichte der Angelsachsen. In der Ursprache mit Uebersetzung, Erläuterung und einem antiquarischen Glossar, herausgegeben von **Dr. Reinhold Schmid**, Professor der Rechte zu Bern, zweite völlig umgearbeitete und vermehrte Auflage. Leipzig F. A. Brockhaus, 1858; LXXXIV. u. 680 S. 8.

Vor vollen 26 Jahren erschien die erste Auflage des vorstehenden Werkes, oder vielmehr deren erster Theil, den Text der Gesetze und deren Uebersetzung enthaltend; der zweite Theil, welcher die alten lateinischen Uebersetzungen angelsächsischer Gesetze bei Bromton, Auszüge aus den angelsächsischen Concilien, und zumal die Erläuterung enthalten sollte, ist nämlich nie herausgekommen. Statt diese alte Schuld einfach abzutragen, läßt nun der verdiente und den Fachgenossen längst als der gründlichste Kenner der angelsächsischen Rechtsgeschichte bekannte Herausgeber das ganze Werk in einer vollständig neuen Bearbeitung erscheinen, und das gelehrte Publicum hat allen Grund mit dieser Aenderung des ursprünglichen Planes zufrieden zu seyn. Da nämlich die officielle von der Record-Commission veranstaltete Ausgabe erst eine Reihe von Jahren nach der ersten Auflage desselben erschienen (1840), und durch dieselbe der Text der Gesetze sehr vielfältig berichtigt worden ist, war in der That eine Ueberarbeitung des vordem gelieferten Textes nothwendig, wenn überhaupt an einen deutschen statt an den kostspieligen und schwer zu beschaffenden englischen Druck die versprochenen Erläuterungen sich anschließen sollten; es ist dem Verf. sowohl als der Verlagshandlung zur hohen Ehre anzurechnen, daß beide sich willig zu einem solchen Opfer entschlossen. — Es hat aber zunächst die dem Texte vorangeschickte Einleitung eine wesentliche andere Gestalt genommen, als welche sie in der ersten Ausgabe gezeigt hatte. Ausführlicher hatte dieselbe vordem von den Ureinwohnern Britanniens, von der Geschichtsquelle der Britten und den Gesetzen der Wälen, dann auch von den angelsächsischen Geschichtsquellen, den Sachsen und Angeln vor ihrer Einwanderung nach Britannien, und den Grundzügen der angelsächsischen Verfassung gehandelt, dagegen von den Gesetzen der Angelsachsen, sowie deren Handschriften und Ausgaben nur sehr kurzen Bericht gegeben (S. LXXVIII—XCIV); jetzt sind jene ersteren Erörterungen als hieher nicht gehörig und in anderen neueren Werken wenigstens einigermaßen erläutert weggelassen, da-

Digitized by Google

gegen aber um so einläßlichere Untersuchungen über angelsächsische Rechtsdenkmäler selbst angestellt und mitgetheilt worden (S. XV—LXXXI), für welche nur derjenige dem Verf. genügenden Dank wird auszusprechen wissen, der aus eigener Erfahrung zugleich das Mühselige derartiger quellengeschichtlicher Detailforschungen und deren Nothwendigkeit, wenn überhaupt für die Benützung der Quelle eine feste Grundlage gewonnen werden soll, zu ermessen und zu schätzen gelernt hat. — Hinsichtlich des Textes der Gesetze selbst ist sodann vor allem zu bemerken, daß einige wenige Stücke, welche in der ersten Ausgabe noch fehlten, in der zweiten Aufnahme gefunden haben, so die Rectitudines singularum personarum, der angelsächsische Text der Constitutio de hundredis, einige Exorcismen u. dgl. m. Ferner daß neben der deutschen auch die alte lateinische Uebersetzung mit abgedruckt, und eine Reihe kritischer nicht nur, sondern auch exegetischer Anmerkungen dem Texte beigegeben ist. Daß endlich der Originaltext nicht nur, sondern auch die von ihm gegebene Uebersetzung in der neuen Auflage mehrfach verändert und verbessert worden ist, versteht sich von selbst, und braucht einem so zuverlässigen Herausgeber gegenüber gar nicht besonders erwähnt zu werden. — Den verheißenen Commentar, auf welchen der größere Theil der Fachmänner ganz vorzugsweise gespannt gewesen seyn dürfte, erhalten wir aber nunmehr in der Gestalt eines antiquarischen Glossars (S. 523—680). Wir können die gewählte Form nicht billigen, um so weniger billigen, je entschiedener wir den tüchtigen Gehalt der einzelnen in das Glossar eingestellten Artikel anzuerkennen uns gedrungen fühlen. Der Verf. beherrscht so vollkommen das einschlägige Quellenmaterial, die Sicherheit, mit welcher derselbe die schwierigsten und tiefst eingreifenden Fragen der angelsächsischen Rechtsgeschichte nach allen Seiten hin besonnen erwägend behandelt, ist eine so vollendete, daß kaum einem Zweifel unterliegen kann, daß derselbe mit wenig größerer Mühe eine vollständige Bearbeitung dieser Rechtsgeschichte zu geben vermocht hätte. Ja, wenn wir unsere ganze Meinung aussprechen dürfen, so haben wir denselben sogar im Verdacht, daß er eine solche wirklich bereits ausgearbeitet, und erst hintenher in eine Reihe einzelner, alphabetisch geordneter Artikel zerlegt habe; wir vermöchten uns auf anderem Wege weder die Rundung der einzelnen Artikel noch die volle Harmonie zu erklären,

Digitized by Google

in welcher dieſelben unter einander ſtehen. Daß aber jene alphabetiſche Form, ſo bequem dieſelbe einerſeits für den in den angelſächſiſchen Quellen ſchon tüchtig Bewanderten, andererſeits auch für den bloßen Dilettanten oder Plagiator iſt, doch für das eingehendere Studium jenes Quellenkreiſes ſehr erhebliche Schwierigkeiten bietet, dürfte kaum zu bezweifeln ſeyn. — Sehen wir aber von der einmal gewählten Einkleidung ab, ſo kann keinen Augenblick verkannt werden, daß unter allen bisher noch in England oder Deutſchland über angelſächſiſches Recht erſchienenen Arbeiten das hier Geleiſtete ohne allen Vergleich herrvorragt — ut in grege taurus! Die Genauigkeit, mit welcher der Verf. den Sprachgebrauch hinſichtlich der einzelnen Ausdrücke feſtzuſtellen ſucht, die Umſicht, mit welcher derſelbe neben den geſetzlichen Quellen auch die Urkunden, die Geſchichtsſchreiber, die Dichter benützt, die Beſonnenheit, mit welcher derſelbe zur Erläuterung des Angelſächſiſchen das Recht und den Sprachſchatz der verwandten germaniſchen Stämme heranzieht, kann geradezu jedem Bearbeiter eines einzelnen Stammrechts als leuchtendes Vorbild empfohlen werden; was wir aber im Gegenſatze zu ſo manchen andern neuern Arbeiten dem Verf. noch ganz beſonders zum Verdienſte anrechnen möchten, iſt ſein Beſtreben, das angelſächſiſche Recht aus ſich ſelbſt und durch ſich ſelbſt zu erklären, ohne ſich dabei durch die Zuſtände des ſpätern mittelengliſchen Rechts oder der modernen engliſchen Jurisprudenz beirren zu laſſen. Allerdings iſt ein ſolches ſtreng kritiſches Verfahren zugleich mühſamer und unſcheinbarer als ein geniales Durcheinanderwerfen der kentiſchen oder weſtſächſiſchen Geſetze mit Bracton und Fleta, mit Cotte und Littleton, und es ſollte uns nicht wundern, wenn dem Verf., si parva licet componere magnis, derſelbe Vorwurf gemacht werden würde, welcher gegen des Referenten eigene Aufſätze über angelſächſiſche Rechtsverhältniſſe (in den erſten Jahrgängen dieſer Zeitſchrift) erhoben wurde, daß er nämlich für das heutige Recht kein Auge habe *); wer indeſſen aus eigenen Studien ſich überzeugt hat, wie tief auf die engliſche Nationalität überhaupt und das engliſche Recht insbeſondere erſt die

*) Siehe Gundermann's Aufſatz über das angelſächſiſche Vermögensrecht im Zuſammenhang mit dem heutigen Recht in der Zeitſchrift für deutſches Recht und deutſche Rechtswiſſenſchaft Bd. 17 S. 176.

Digitized by Google

däniſche, dann wieder die normänniſch-franzöſiſche Eroberung eingewirkt hat, der wird es nur billigen können, wenn vorläufig wenigſtens und inſolange nicht die den einzelnen Zeitabſchnitten und Quellenkreiſen angehörigen Erſcheinungen in ihrer Beſonderheit feſtgeſtellt ſind, auf die Verfolgung jener umfaſſenden Geſichtspunkte verzichtet wird. — Soll endlich noch auf einige wichtigere Artikel des Gloſſars ſpeciell aufmerkſam gemacht werden, ſo wird der Leſer entſchuldigen, wenn zunächſt ſolche Materien hervorgehoben werden, welche Referent ſelbſt ſeinerzeit in den bereits angeführten Aufſätzen beſprochen hat. Es hat aber der Verfaſſer, was zunächſt die Grundbeſitzverhältniſſe betrifft, zu unſerer großen Freude gutentheils dieſelben Ergebniſſe, wenn auch im einzelnen weiter ausgeführt, gewonnen, wie ſie ſich uns herausgeſtellt haben, und zumal unſere Auffaſſung des Buchlandes entſchieden gebilligt (bōc, bōcan, bōcland); nur hinſichtlich des Volklandes erhebt derſelbe den Zweifel, ob nicht unter demſelben ſchlechthin die königliche Domäne zu verſtehen ſey, von welcher einzelne Stücke als länlana an Privaten gegeben, oder auch zu deren Gunſten in bōcland verwandelt worden ſeyen. Geläugnet wird damit, daß der Ausdruck Volkland auch für das abhängige Beſitzrecht des Privaten an dem ihm (nicht zu Buchrecht) verliehenen Stücke öffentlichen Landes gegolten habe; und wir müſſen zugeben, daß inſoweit der Verf. unſere Annahme, wenn nicht widerlegt, ſo doch als nicht poſitiv feſt begründet dargethan hat; eine Herleitung des Volklandes aber aus früheren Landsalmenden, die freilich immerhin problematiſch bleibt, wäre mit jener Auffaſſung keineswegs unvereinbar, da auch anderwärts, z. B. in Norwegen, die Almenden zu königlichem Gute werden. Auch des Verfaſſers ſorgfältige Darſtellung der Magenſchaft und ihrer Wirkungen ſtimmt mit den von uns vertretenen Anſichten weſentlich überein. Hinſichtlich der Standesverhältniſſe tritt dieſelbe Uebereinſtimmung hervor bezüglich des eorl und ceorl, des gereat und gesiđ und großentheils auch des þegn; nur will der Verfaſſer unſere Annahme, daß ſeit dem Beginn des 10. Jhdts. der Gegenſtand auf den größeren Grundbeſitz geſtützt erſchiene, in dieſer Allgemeinheit nicht gelten laſſen, vielmehr nur für den Erwerb der Würde ſeitens eines ceorl das Erforderniß eines Beſitzes von 5 Hyden Landes anerkennen, während im

Digitized by Google

übrigen der Stand ein Geburtsſtand, und als ſolcher wenn einmal begründet, von jener realen Baſis unabhängig geweſen ſey. Wir geſtehen, daß wir, obwohl nicht von allen Einzelnheiten der Beweisführung überzeugt, doch im Ganzen jenen Einwand als begründet betrachten müſſen. Ueber die Landherrſchaft ſpricht ſich der Verf. (s. v. landklāfort) leider nur ſehr kurz aus, erklärt aber ſeine principielle Uebereinſtimmung mit unſerer Darſtellung dieſes Verhältniſſes (vgl. auch soen). Sehr intereſſant ſind ferner die Erörterungen über das Fehderecht, die Selbſthülfe und das Pfändungsrecht, über den Frieden und eine Reihe ſtrafrechtlicher Materien (vgl z. B. die Artikel healsfang, manböt, fyhtwīte, Strafen, wergild wīte; ferner Diebſtahl Meineid, mord); über den Proceß (vgl. z. B. Eid und Eideshülfe forād, juramentum fractum, ordāt, team), und einzelne ſtaatsrechtliche Verhältniſſe (z. B. cyring, ealdorman, gemōt, gereſa, hundred scir, Marktrecht), über kirchliche Zuſtände (Geiſtliche, ciricsceāt, bōhtgesceōt, u. dgl.), über die Ehe, Mündigkeit, Fremde, über Geldrechnung und Längenmaße, u. dgl. m. Als eine ſehr weſentliche Vervollſtändigung der bisherigen Unterſuchungen möchten wir aber ſchließlich insbeſondere noch hervorheben, was der Verf. über die vielbeſtrittene Frage der Rechtsbürgſchaft vorbringt (vgl. auch gegilda). Dem was Marquardſen gegen die Vermiſchung einer Reihe älterer Inſtitute mit den Zehntbürgſchaften der Leges Edwardi ausgeführt hat, ſchließt derſelbe ſich vollkommen an, meint aber dieſe letzteren dennoch bereits der ſpätern angelſächſiſchen oder däniſchen Zeit vindiciren zu dürfen. Die Gründe, welche für dieſe Annahme angeführt werden, ſcheinen allerdings die Frage noch keineswegs endgültig zu erledigen, dürften aber jedenfalls beachtenswerth genug ſeyn, um zu einer erneuten Prüfung derſelben zu veranlaſſen.

Mr.

---

7) Ficker. Ueber einen Spiegel deutſcher Leute und deſſen Stellung zum Sachſen- und Schwabenſpiegel. Ein Beitrag zur Geſchichte der deutſchen Rechtsquellen. Wien 1857. 8. 176 Seiten mit einer Tafel Facſimilia.

Digitized by Google

8) Homeyer. Ueber den Spiegel deutscher Leute (im Monatsberichte der kgl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin vom December 1857 S. 622—639).

Von selbst verstand sich, daß die Auffindung einer der Universitätsbibliothek zu Innsbruck gehörigen Handschrift, welche eine Quelle enthält, welche die beiden bisher bekannten wichtigsten deutschen Rechtsbücher — den Sachsenspiegel und den Schwabenspiegel — vermittelt, worüber Prof. Dr. Julius Ficker zu Innsbruck die vorgenannte umfassende Abhandlung im Februarhefte des Jahrgangs 1857 der Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Classe der kaiserl. Akademie der Wissenschaften S. 115—192 hat abdrucken lassen, die Aufmerksamkeit der rechtsgelehrten Welt auf sich ziehen werde. Ebenso aber verstand sich auch von selbst, daß die Autorität in diesen Fragen nicht lange mit ihrem Urtheil auf sich werde warten lassen. Das ist der Fall gewesen, denn in der Sitzung der philosophisch-historischen Classe der Berliner Akademie vom 14. December 1857 hat Homeyer darüber berichtet. Das Ergebniß beider Untersuchungen soll nunmehr in möglicher Kürze hier vorgeführt werden.

Etwa dreißig Jahre nach der Abfassung des Sachsenspiegels durch den sächsischen Schöppen Eike von Repgow, also um 1260, entschloß sich ein Rechtskundiger zu Augsburg, einen Text dieses Rechtsbuches, welcher wahrscheinlich von Magdeburg stammte und im Landrechte sich etwa auf der Stufe des Magdeburg-Breslauer Rechtes befand, im Lehenrecht bereits die Mehrzahl der Erweiterungen in sich aufgenommen hatte, zu einem allgemeinen deutschen Rechtsbuche zu verarbeiten, welches er — an den Namen des Vorbildes anknüpfend — als Spiegel aller deutschen Leute bezeichnete. Er begann sein Werk mit der Könige Buch, welches auf älteren Vorlagen beruht, ohne daß sich sicherer nachweisen ließe, wie viel von der Form, in welcher es hier vorliegt, Verdienst des Verfassers ist. Auch wie weit er es führte, ist nach den vorhandenen Hülfsmitteln nicht zu bestimmen. Sein Zweck war, dem Leser Beispiele zur Nacheiferung oder Abschreckung vorzuführen, wie ein gleiches Streben auch in manchen andern Theilen des Werkes hervortritt. Die Eingänge des Sachsenspiegels fügte er in einer seinen Zwecken entsprechenden Umbildung an.

Digitized by Google

Bei der Verarbeitung des Rechtsbuches selbst hielt er sich wesentlich an die Ordnung des Vorbildes. Seiner Absicht gemäß beseitigte er alle nur auf Sachsen bezüglichen Bestimmungen, auch wohl manches, was bereits als antiquirt erscheinen mußte. Andererseits war er auf eine Weiterbildung und Mehrung des Rechtsstoffes bedacht, bald die einzelnen Artikel seiner Vorlage erweiternd, bald selbständige Abschnitte einschiebend. Außer dem römischen und canonischen Rechte und den Reichsgesetzen leitete ihn vielfach das zu Augsburg geltende Gewohnheitsrecht, damals noch ungeschrieben oder in einzelnen Aufzeichnungen vorhanden, woraus sich — falls auch keine unmittelbare Benutzung stattgefunden hat — manche Uebereinstimmung mit dem nach 1276 vollständig aufgezeichneten Stadtrechte ergeben mußte. Aus unbekannten Gründen hat er seinen Plan in beabsichtigter Weise nicht zur Ausführung gebracht; die gründliche Verarbeitung der Vorlage reicht nur bis Sachsenspiegel II. 12, wo möglicher Weise in seiner Handschrift wie in jener der Dombibliothek zu Bremen ein erster Theil des Sachsenspiegels endete. Allerdings umfaßt sein Werk, wie es vorliegt, auch den Rest des Landrechtes und das Lehenrecht, gibt uns hier aber nichts als eine flüchtige, oft incorrecte Uebersetzung der niederdeutschen Vorlage, bei welcher nur eine ganz oberflächliche Beseitigung specifisch sächsischer Bestimmungen, und wenige und unbedeutende Aenderungen und Zusätze den innern Zusammenhang mit dem ersten Theile bekunden. Doch muß das Werk auch in diesem unvollkommenen Zustande in Umlauf gekommen seyn: Berthold von Regensburg hatte bei einer seiner Predigten eine Stelle desselben vor Augen; noch im folgenden Jahrhunderte wurden Abschriften davon gefertigt. Um das Jahr 1280 sodann unternahm ein anderer Augsburger Rechtskundiger eine Verarbeitung und Vervollständigung des Werkes seines Vorgängers, bestimmt wie dieses für alle deutschen Leute. Dieses ist der allgemein bekannte später sogenannte Schwabenspiegel.

Die Gründe für diese Annahme, wonach sich die genealogische Folge Sachsenspiegel, Spiegel der deutschen Leute, Schwabenspiegel unzweifelhaft ergibt, sind vom Verfasser so ausführlich entwickelt worden und haben von Homeyer so wenig eine Einsprache erlitten, daß einzelne kleine bedenkliche oder noch räthselhafte Umstände, auf welche der Verfasser selbst

Digitized by Google

(S. 58, 66, 99, 102) hinweist, dagegen nicht in Betracht kommen. Bei der Beweisführung ist ganz zweckdienlich in der Weise zu Werk gegangen worden, daß von S. 43—105 der Text des ersten Theiles des Landrechts, dann der des zweiten Theiles desselben, endlich der des Lehenrechts für sich je in Hinsicht auf die drei Quellen untersucht wurde. Einfacher war das im großen Ganzen nach den beiden letzten Seiten hin, indem ja vom zweiten Theil des Landrechts Cap. 12 §. 13 an nur mehr eine flüchtige oberdeutsche Uebersetzung des niederdeutschen Spiegels vorliegt. Mit ihm mußte hier zunächst die neue Quelle genauer verglichen werden. Es ergab sich dabei für diesen Theil des Landrechtes wie für das Lehenrecht, daß der Deutschenspiegel zunächst Zusätze gemeinsam mit der Vulgata des Sachsenspiegels hat, dann daß er eigenthümliche Zusätze hat, weiter daß er Lücken hat, endlich daß er anderes hat als sein Vorbild. In etwas anderer Art mußte beim ersten Theil des Landrechts verfahren werden, welcher noch ganz von der Umarbeitung betroffen worden ist, in Folge wovon die neue Quelle sich näher dem Schwabenspiegel anschließt. Bei der Vergleichung mit ihm nun stellte sich heraus, daß er an gewissen Stellen zunächst eine weitere Fassung hat, aber eine andere, weiter (jedoch ohne daß dadurch der Beweisführung für die Stellung des Deutschenspiegels ein Schaden erwächst) eine kürzere, ferner daß er Zusätze hat, sodann daß er Lücken, endlich daß er andere Lesarten hat.

Zufolge dieser Entwicklung steht der Deutschenspiegel zwischen der einfachsten bekannten Gestalt des Sachsenspiegels (erste Classe in Homeyers Ausgabe I. S. XXXIII) und der Vulgata des 14. Jahrhunderts dergestalt, daß von ihren 101 Zusätzen schon 41 aufgenommen sind, 60 aber und zwar die umfangreicheren fehlen. Da nun die nächste in dieser Beziehung bedeutend von der ersten abweichende Classe meist schon etwa 90 dieser Zusätze kennt, so nimmt die der neuen Quelle vorliegende Form ihre Stelle zwischen der ersten und der zweiten vornehmlich in Schlesien verbreiteten Classe ein, oder wie der Verfasser sich S. 69 ausdrückt: sie erscheint als ein bedeutend älteres Glied der zweiten Classe, welcher der Deutschenspiegel in den Lesarten sich oft anschließt. Insbesondere ergibt eine Vergleichung mit den hieher zu zählenden Bruchstücken des Sachsenspiegels von 1261, daß der Deutschenspiegel dieser Gestalt näher als einer andern tritt. Daraus schließt der

Digitized by Google

Verfasser S. 71 und 72, daß ihm eine um das Jahr 1260 in Magdeburg, als der Gegend, aus welcher der Sachsenspiegel nach Schlesien gelangte, übliche Form entsprach. Das bestätigt auch Homeyers Ansicht (I. S. XLIII.), daß das sächsische Landrecht schon innerhalb dreißig Jahren nach seiner Abfassung bereichert worden sey. Dazu tritt nun die Belehrung, daß an diesen schon alten Vermehrungen auch das Lehenrecht Theil genommen habe, denn dieses zeigt sich gleichfalls in der neuen Quelle (S. 90 ff.) auf einer zweiten beträchtlich erweiterten Stufe. Mit vollem Recht ist daher in ihr ein nicht gering anzuschlagendes Gewicht auch für die Fortbildung des Sachsenspiegels zu erkennen.

Uebrigens verbreitet sie auch über einige andere anziehende Fragen frisches Licht. Vorerst für den Uebergang des Sachsenspiegels zum Schwabenspiegel. Zwischen ihnen — bemerkt Homeyer S. 632 — bleibt der Sprung, sieht man gleich das woher und wohin, doch immer ein gewaltiger. Der ganze Grundgedanke ist gewechselt. Dort gilt als Ziel die Belehrung der Sachsen, zu schöpfen aus dem Herbringen der Vorfahren, hier die Aufstellung von Normen für die ganze Nation, unter Benutzung von Quellen des geschriebenen und ungeschriebenen, des gemeinen und örtlichen, des fremden und einheimischen Rechts. Dort ist ferner die Redeweise einfach und bündig, hier umständlich und geschmückt, daneben die Ordnung mehrfach umgeworfen. Das ist viel auf einmal. Die Auffindung eines Mittelgliedes wird den Gang der Dinge, denen die auch im Recht die continuirliche Entwicklung lieben, erfreulicher, allen aber ihn anschaulicher machen. Nun hat allerdings der Deutschenspiegel die eigentliche Umarbeitung nur bis zu etwa einem Viertel des Sachsenspiegels durchgeführt. Er hat auch die Ordnung desselben im wesentlichen nicht oder nur unbedeutend geändert. Doch neigt sich seine Ausdrucksweise nach den mitgetheilten Proben in der freien Arbeit des ersten Theiles des Landrechts schon der Redefülle des Schwabenspiegels zu. Insbesondere aber ist die allgemeinere Fassung der ganzen Aufgabe auch hier schon entschieden vorhanden. Gott hat die „Deutschen" wohl bedacht, beginnt der Deutschenspiegel seine rhythmische Vorrede, und „Spiegel aller Deutschen" soll dieses Werk seyn genannt. Auch die Beziehungen auf Sachsen im Texte des Sachsenspiegels unterdrückt sowohl der bearbeitende, als auch — wenn gleich un-

Digitized by Google

vollkommener — der nur überſetzende Abſchnitt. Als Autorität ferner ſetzt ſchon die Vorrede des Deutſchenſpiegels an die Stelle der „guten Vorfahren“ die „Könige und die Lehre weiſer Meiſter“, d. h. nach der ſpäteren Erwähnung des Marcellus der römiſchen Juriſten. Näher liefern den Stoff zur Mehrung und Umarbeitung des Sachſenſpiegels zunächſt das „Königebuch“, welches als geſchichtliche Einleitung dem eigentlichen Rechtsbuche vorangeht, außerdem die Gedichte des Stricker, das römiſche und canoniſche Recht, Reichsgeſetze bis zur Conſtitution von 1235*), die lex Alamannorum, das Freiburger Stadtrecht, die historia scolastica des Petrus comestor und wahrſcheinlich das Augsburger Gewohnheitsrecht.

So hat man nunmehr einen feſten Anhaltspunkt, woran ſich das Wirken des zweiten Bearbeiters im Schwabenſpiegel ermeſſen läßt. Wahrſcheinlich behielt er das Buch der Könige, die Erzählungen aus dem Stricker bei, ſo daß erſt die nächſten Abſchreiber dieſe poetiſchen und hiſtoriſchen Außenwerke des Rechtsbuches fallen ließen. Sicherer iſt, daß er dem römiſchen und canoniſchen Recht wie auch den Reichsgeſetzen, und zwar ſchon bis zu den früheren Conſtitutionen König Rudolfs einſchließlich, weitere Beachtung ſchenkte, daß er ſelbſt neue Quellen herbeizog, wie die lex Baiuvariorum, das inzwiſchen vollſtändig aufgezeichnete Augsburger Recht, einen Tractat Davids von Augsburg, und die Predigten Bertholds von Regensburg, welchem ſeinerſeits der Deutſchenſpiegel vorgelegen haben mag. So gerüſtet hat der Autor des Schwabenſpiegels die Prologe überarbeitet, im erſten Theil des Landrechts einige Capitel geändert und hinzugethan, beſonders aber — dem vom Deutſchenſpiegel für dieſen erſten Abſchnitt gegebenen Vorbilde folgend — den zweiten Theil des Landrechts nebſt Lehenrecht umgeſtaltet. Daß er dabei manche Flüchtigkeit ſeines Vorgängers zu beſſern hatte, und zwar ohne Hülfe des ſächſiſchen Urtextes, iſt eben ſo bemerkt worden, als daß

*) Vgl. darüber die ſchöne Arbeit von Dr. Hugo Böhlau: nove constitutiones domini Alberti, d. i. der Landfriede v. J. 1235 mit der Gloſſe des Nicolaus Wurm. Weimar 1858. 4. XLIV und 91 Seiten. Die Beilage VI S. 66—84 handelt ſpeciell über die Entwicklung der Strafrechtsidee bis zum Landfrieden v. J. 1235.

Digitized by Google

ihn die Versetzung des Reichsstaatsrechts des Sachsenspiegels III. Cap. 52 ff. mitten in die vom Sachsenspiegel II. Cap. 12 behandelte Gerichtsverfassung trifft. So zerlegt sich uns jener Sprung nun in zwei noch immer tüchtige Schritte gleicher Richtung. Wir sehen ferner die fast fünfzig Jahre, während welcher die sonst so siegreiche Macht des Sachsenspiegels ihres Einflusses auf Süddeutschland zu entbehren schien, doch um einige Decennien verkürzt.

Natürlich gewinnt auf solche Weise auch die Geschichte des Schwabenspiegels selbst aus dem neuen Funde. Zwar wird, was den Ort seiner Entstehung betrifft, die Annahme von Augsburg hiefür keineswegs beseitigt, sondern kann eher bekräftigt *) erscheinen. Allein schon der Deutschenspiegel verwandelt die „sächsische Art" des Sachsenspiegels II. Cap. 12 §. 4, binnen welcher die an den König appellirenden ihn anzugehen haben, in „schwäbische Erde." Ingleichen hebt schon er die Privilegien der Schwaben hervor. Indem nun der Schwabenspiegel diese Stellen beibehält, kann daraus nicht mehr, wie bisher geschah, seine schwäbische Abkunft entnommen werden. Auch hinsichtlich der Zeit bleibt die Annahme seines Ursprungs kurz vor oder nach 1280 bestehen. Es ist nämlich einerseits das zwischen 1276 und 1281 compilirte Augsburger Stadtrecht benutzt worden, und andererseits liegt uns vom Jahr 1287 eine schon wieder gekürzte Form des Schwabenspiegels vor. Bei weitem stärker aber werden die bisher gangbaren Ansichten bezüglich seiner ferneren Entwicklung und des Verhältnisses seiner überaus zahlreichen Formen durch die Entdeckung des neuen Spiegels als einer beträchtlich näher kommenden Vorarbeit getroffen. Es leuchtet ein, daß die dem Deutschenspiegel ähnlichsten Formen des Schwabenspiegels das Vorurtheil der Ursprünglichkeit für sich haben, daß zur Beurtheilung jener speciellen Fragen ein gewichtiger Anhalt gewonnen ist. Hievon ausgehend hat der Verfasser von S. 105—167 die bekanntesten Texte nebst einigen andern ihm näher zugänglichen sehr genau mit dem Deutschenspiegel und unter einander verglichen, und dann versucht den Gang der Textveränderung zu schildern. Das Hauptergebniß ist, daß die Entwicklung von der Urform ab vor-

*) Vgl. in der Beziehung auch Zöpfl in den neuesten Nummern der Heidelberger Jahrbücher der Literatur 31 und 32, insbesondere S. 493.

Digitized by Google

wiegend auf eine Verkürzung, nicht wie man annahm auf eine Erweiterung des vorgefundenen hinausging. Von dem Mehr nämlich, welches einige Handschriften vor andern voraus haben, ist gar vieles — weil es in Inhalt und Anordnung dem Deutschenspiegel entspricht — als ein ursprünglich vollständiges, nicht als späterer Zusatz zu betrachten. Näher bilden sich vier Hauptformen, unter welche er die einzelnen Gruppen mit Rücksicht auf Homeyers Gruppirung jener Formen in „den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters und ihren Handschriften" S. 30—49 einreiht, in folgender Weise. Die erste Form ist durch eine Verkürzung vom ersten Theil des Landrechts und Umarbeitung vom zweiten Theil desselben im Deutschenspiegel erwachsen. Die zweite durch eine weitere Verkürzung dieser Urform. Die dritte dagegen beruht auf einer Vermehrung mit einem dritten landrechtlichen Theil (in Laßberg's Ausgabe Art. 314—377), wovon mehrere Nebenformen wieder eine Minderung zeigen. Aus einer weitergehenden Verkürzung dieses dritten Theiles erwächst die vierte verbreitetste Hauptform, an welche sich dann eine Reihe von Nebenformen theils durch Kürzung, theils durch Vermehrung, theils durch beides angesetzt haben. Natürlich muß danach auch das Urtheil über einzelne der vielen Handschriften des Schwabenspiegels anders ausfallen. Vielleicht daß sich auch nach Maßgabe der weiteren Durchforschung der Texte die Gruppirung im einzelnen berichtigt und vervollständigt. Dazu fordert Homeyer als vorzugsweise berufen die Germanisten Süddeutschlands auf, denen noch jetzt die große Masse der einschlagenden Handschriften leichter zu Handen ist.

Möge also diesem Wunsche Genüge geleistet werden, und möge insbesondere bald auch Professor Ficker — um mit Homeyer zu schließen — den Wunsch erfüllen können, das ganze neu entdeckte Rechtsdenkmal zur allgemeinen Kunde zu bringen, weniger um daran die obigen Ergebnisse noch einmal zu prüfen, als vielmehr um aus dem ersten Theil für das schwäbische, aus dem zweiten für das sächsische Rechtsbuch einen neuen Stützpunkt zur Feststellung der ursprünglichen Lesarten zu gewinnen. R.

Digitized by Google

9) Maaßen. Beiträge zur Geschichte der juristischen Literatur des Mittelalters, insbesondere der Decretisten-Literatur des XII. Jahrhunderts. Wien 1857. 8. 84 Seiten.

War in den eben besprochenen Abhandlungen einer neu aufgefundenen für das deutsche Recht ungemein wichtigen Quelle Erwähnung zu thun, so kommen nicht minder bei der jetzt in Frage stehenden im Juniheste des Jahrganges 1857 der Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Classe der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften enthaltenen Schrift des Professors Dr. Friedrich Maaßen zu Innsbruck mehrere gleichfalls in ihrer Art bedeutsame Entdeckungen zur Anzeige. Zwar ist der Verfasser nicht speciell auf etwaige Funde von Quellen des canonischen Rechtes ausgegangen, sondern sagt selbst, daß er bei der Beschäftigung mit einer größern literarischen Arbeit auf dem Gebiete des Civilrechts, bei der die Verbindung dieses und des canonischen Rechts wesentlich in Frage kommt, auf die ältesten Glossen und Commentare des Decrets zurückgeführt worden. Ausgehend von der gewiß nicht zu bestreitenden Nothwendigkeit des canonistischen Studiums auch für den Civilisten weist er die wichtigste Stelle in dieser Beziehung unter den Bestandtheilen des corpus juris den Decretalensammlungen an, und erklärt es für eine Täuschung, wenn man glauben wollte, daß der Dogmatik der durch das canonische Recht berührten Institute des Civilrechts mit einer bloßen Kenntniß des unmittelbaren wörtlichen Inhaltes der Quellen genügt wäre. In viel geringerem Maße als für das römische Recht reiche hier die Kenntniß des Gesetzes hin, aus dem einfachen Grunde weil hier nicht wie in den römischen Rechtsquellen der größte Theil selbst wissenschaftliche Entwicklung sey. Für das Verständniß der Decretalen als Quellen des gemeinen Civilrechts sey erforderlich einmal das Zurückgehen auf das frühere canonische Recht, namentlich das Decret, dann aber auch und zwar vor allen Dingen auf die früheren Glossatorenschriften. Trotz der da auftauchenden Schwierigkeiten machte er sich daran, und äußert hierüber: So gering die Anziehungskraft ist, welche das Studium der juristischen Literatur der meisten späteren Jahrhunderte auf uns zu üben im Stande ist, so mächtig ist der Reiz, den die Beschäftigung mit dieser Jugendperiode unserer Jurisprudenz gewährt, in der an die Stelle eigener

Digitized by Google

Gedanken noch nicht allgemeine Denkschablonen getreten und doch die einzelnen Leistungen unter eine gemeinsame objective Regel gebunden sind, welche die Literatur vor Zerfahrenheit, die Schriftsteller vor falscher Originalität bewahrt.

Was nun die Abhandlung selbst anlangt, behandelt der Verfasser in der ersten Abtheilung von S. 10 — 46 einzelne Glossatoren und Glossatorenschriften, und zwar zuerst die Glosse des Cardinalis, dann die Summa des Johannes Faventinus, endlich die des Huguccio.

Was den Cardinalis betrifft, der nach der großen Summa des Huguccio über Gratians Decret als eine keineswegs untergeordnete Persönlichkeit der alten Glossatorenschule erscheint, und von welchem ziemlich zahlreiche Glossen eine Handschrift von Gratians Decret auf der Universitätsbibliothek zu Innsbruck enthält, erkennt er in ihm den als päpstlichen Legaten in den Streitigkeiten Roms mit Heinrich II. von England berühmt gewordenen Cardinal Gratian, denselben den Albericus trium fontium mit dem Verfasser des Decrets verwechselt. Er hat mit Stephan von Tournay gemeinschaftlich die Rechtsschule von Bologna besucht. Dieses in Verbindung mit dem ebenfalls gewissen Umstande, daß er magister gewesen, berechtigt zu der Annahme, daß er in Bologna auch das Recht gelehrt habe. Im Jahre 1168 war er schon s. r. e. subdiaconus et notarius, und kommt als solcher bis zum Jahre 1177 häufig in päpstlichen Schreiben vor. Im Jahre 1178 ist er Cardinal geworden.

Was den Johann von Faenza anlangt, hat Professor Dr. Kunstmann dahier, dessen Summa vollständig in einer Münchner und einer Bamberger Handschrift aufgefunden. Ihnen reiht sich noch eine solche zu Madrid an, welche den Namen Facontinus gibt, den Hänel in seinem großen Handschriftenverzeichnisse in Facentinus umgewandelt hat. Es ist dieser Fund um so wichtiger, als dadurch möglich wird, in Verbindung mit anderen Thatsachen das chronologische Verhältniß einiger der namhaftesten unter den alten Glossatoren des Decrets wesentlich aufzuklären. Angeführt werden Rufinus, Gandulfus, Stephanus tornacensis. Sie haben mithin bereits 1171 geschrieben. Nach einer im ganzen wohl richtigen Annahme scheint nämlich gewiß, daß Johann seine Summa nicht vor diesem Jahre vollendet haben dürfte. Wenigstens

Digitized by Google

haben beide vorerwähnte Handschriften im Formulare eines Accusationslibelles zu c. 5 C. II. qu. 8 diese Jahrzahl. Was zunächst nun den Rufinus anlangt, glaubt der Verfasser dessen summa de decretis nach einer brieflichen Mittheilung wirklich in einem Mainzer Codex entdeckt zu haben. Jene sodann des Stephan von Tournay liegt außer mehreren Pariser Handschriften vollständig auch in zwei solchen zu München, einer zu Bamberg, unvollständig in einer weitern zu Bamberg vor, durch Kunstmann gefunden. Außerdem ist dieser noch auf eine, wie es scheint, ziemlich alte Summa, deren Verfasser zur Zeit noch unbekannt ist, mit dem Anfang imperatorie maiestati cedit ad gloriam in einem hiesigen Codex gestoßen. Ganz abgesehen hievon aber macht der Verfasser in Note 5 auf S. 32 Hoffnung auf einen Bericht über die Summa des Paucapalea zum Decret — der bald anzuführende Rolandus spricht an einer uns handschriftlich bekannt gewordenen Stelle von rationes desselben — wie über verschiedene ihn betreffende Daten, die er in einer von ihm mehrerwähnten anonymen Bamberger Summa zum Decret mit dem Anfang magister Gratianus in hoc opere gefunden. Glücklicher Weise ist das angeführte Werk dieses für das canonische Recht so interessanten Autors außer in zwei Münchner Handschriften auch in zwei ehemals dem Kloster Weingarten und nunmehr der Handbibliothek des Königs von Württemberg angehörigen Codices erhalten, in einem als excerpta ex summa pauce palee, im andern als glose Graciani super canones. Noch möge zur Vervollständigung des Materials über das Decret beigefügt werden, daß sich in den zuletzt erwähnten Stuttgarter Handschriften auch das von Stephan von Tournay so sehr benützte und theilweise wortwörtlich abgeschriebene stroma ex decretorum corpore carptum des Canonisten Rolandus aufgefunden hat, dessen der Verfasser in Note 1 auf S. 31 bei einer andern Gelegenheit Meldung thut. Auch über Sighard von Cremona handelt er S. 33 und 34, dessen wichtige summa canonum später fällt als das Werk des Johann von Faenza. Außerdem dürfte noch eines Commentars des Simon oder Simeon von Bisiniano Erwähnung geschehen, welcher sich in einer Bamberger wie in einer Augsburger Handschrift findet, und wahrscheinlich erst nach Sighard von Cremona zu setzen ist. Es ergibt sich aus diesen Andeutungen, welch reicher

Stoff für die Zeit der Decretiſten ſowohl an neuen Autoren als insbeſondere an Handſchriften der ſchon bekannten nunmehr vorliegt. Gerade letzteres iſt um ſo erfreulicher, als man beiſpielsweiſe nicht einmal das Vorhandenſeyn der Münchner Handſchriften des Paucapalea, des Stephan von Tournay, des von Diplovataccі als summus canonista bezeichneten Johann von Faenza aus dem Abſchnitt über die Gloſſatoren des Decrets in Phillips Kirchenrecht IV. §. 180 auch nur ahnen konnte. Bemerkt er ja ſogar daſelbſt auch, daß die von Savigny in ſeiner Geſchichte des römiſchen Rechts im Mittelalter V. §. 149 S. 480 Note d angegebene Handſchrift des Huguccio (bibl. palat. VII. 1426) ſich nicht auf der Münchner Bibliothek finde, während Maaßen in Note 1 auf S. 39 äußert, ſie ſey ihm von Kunſtmann als clm. 10247 nachgewieſen worden, und ſogar in Note 3 auf S. 41, es werde ihre Identität mit der von Savigny gemeinten dadurch zur Gewißheit, daß die Nummer welche dieſer nenne, auf der innern Seite des Deckels mit Bleiſtift angemerkt ſey.

Ausführlich endlich handelt der Verfaſſer noch von dem allerdings erſt nach dem Erſcheinen der compilatio I. vollendeten großen Commentar des eben genannten Huguccio zum Decret. Er iſt — bemerkt derſelbe — ohne Zweifel die bedeutendſte unter allen Arbeiten über dieſe Rechtsſammlung. Die älteren Gloſſen und Summä, ſo anziehend ſie ſind durch den Hauch der Urſprünglichkeit, der in ihnen weht, ſo freudig wir in ihnen einzelne Spuren hiſtoriſch-kritiſchen Beſtrebens begrüßen, das ſpäter ganz verſchwindet, ſind doch nur Aggregate vereinzelter durch äußeren Zufall mit einander verbundener Bemerkungen: wichtige rechtsdogmatiſche Fragen bleiben in ihnen gänzlich unerörtert, ſie leiden in dieſer Beziehung ſämmtlich an einer gewiſſen Dürftigkeit. Bei Huguccio finden wir neben einer großartigen Fülle des Stoffs in viel höherem Grade als bei ſeinen Vorgängern eine die einzelnen Theile in ihrer organiſchen Verbindung erfaſſende Behandlung. Er benutzt die Arbeiten der früheren Gloſſatoren, wir finden bei ihm manche ihrer Bemerkungen wörtlich wieder, aber ſeine Selbſtändigkeit leidet noch nicht unter dem Einfluſſe der Meinungen anderer: ſeine Perſönlichkeit tritt überall und mitunter in ſehr entſchiedener Weiſe hervor. Mit ihm iſt aber für die Bearbeitung des Decrets der Höhepunkt erreicht. Die bedeutenderen Kräfte wenden jetzt ihre

Digitized by Google

Thätigkeit dem in den Decretalen Alexanders III. und seiner Nachfolger massenhaft sich häufenden Stoffe zu. Das ältere canonische Recht tritt gegen die neue kirchliche Gesetzgebung, welche durch den wissenschaftlichen Geist der jungen Schule zu Bologna angeregt eine bisher nicht dagewesene Fruchtbarkeit entfaltet, in den Hintergrund, nicht ohne das Bedauern der älteren Glossatoren.

Natürlich lag es nahe, nunmehr auch auf die Rechtsquellen für den behandelten Kreis des Näheren einzugehen. Das that der Verfasser in der zweiten Abtheilung, und zwar in der Weise, daß zuerst die des canonischen Rechts und dann die des weltlichen behandelt sind. So sehr das in ersterer Beziehung aus leicht begreiflichen Gründen gelingen mag, so sehr möchte in der zweiten gerade im gegenwärtigen Augenblicke von einem Versuch der Art abzurathen seyn, der selbst in dem beschränkten Rahmen, für den er gemacht wird, doch immer ein lückenhafter und deßhalb unsicherer ist, weil ja einerseits noch ziemlich wichtige Mittelglieder nicht untersucht sind, und anderntheils, selbst wenn diese an den Ergebnissen nichts ändern sollten, jedenfalls die großen Fragen des Verhältnisses der kirchlichen Gesetzgebung zum weltlichen Recht oder auch des Rechtsgrundes und Umfanges der Geltung des römischen Rechts nicht durch ein Paar Beispiele, sondern nur durch höchst genaue und vorsichtige Zuziehung von ganz andern Kreisen von Rechtsquellen ihrer Erledigung nahe zu bringen sind.

Immerhin aber verdient es vollste Anerkennung, daß der Verfasser wenigstens das Wagniß unternommen hat, aus bloß handschriftlichem Material mühsam hier Bahn brechen zu wollen. Vielleicht liegen ihm auch weitere Arbeiten für specielle mehr oder minder wichtige Rechtsfragen vor, welche zur allmählichen Lösung der größeren Aufgabe nur erwünscht seyn können. Aber ganz abgesehen davon, verdienen seine Forschungen bezüglich der angeführten Quellen selbst nach den obigen Andeutungen alle Berücksichtigung, und erübrigt uns nur das Aussprechen des Wunsches, daß ihm gegönnt seyn möge, baldmöglich bei weiteren Veröffentlichungen in diesem Betreff dieselbe gründliche Ausdauer an den Tag legen zu können, wie so eben schon in den insbesondere für die Kenntniß germanischer Rechtsquellen bei den Decretisten interessanten „kleinen Beiträgen zur Kenntniß der Glossatorenzeit" bei Bekker und Muther II S. 220—240 geschehen. R.

Digitized by Google

XIV.

Ueberſicht der Zeitſchriften.

1) Der franzöſiſchen.

Revue critique de législation et de jurisprudence *).

Chatignier: intereſſante Fragen des Verwaltungsrechts. B. X. S. 363.

1) Die Geſetze vom 14. Auguſt 1792 und vom 10. Juni 1793 hatten den Gemeinden die Vertheilung ihrer Gemeindegründe geſtattet. Um die hiebei vorgekommenen Mißbräuche und unberechtigten Anmaßungen in etwas gut zu machen, räumen neuere Geſetze (von XII und von 1819) den Gemeinden die Befugniß ein, Güter, von denen erwieſen iſt, daß ſie urſprünglich der Gemeinde gehörten, von ihrem Beſitzer zurückzufordern, wenn dieſer ſich nicht durch einen Theilungsact oder auf ſonſtige genauer bezeichnete Weiſe als rechtmäßigen Eigenthümer zu rechtfertigen vermag, und übertragen die Entſcheidung der deßfallſigen Streitigkeiten dem Präfecturrath. Da dieſe Streitigkeiten ihrem Weſen nach privatrechtliche ſeyen, ſo wären an ſich die Civilgerichte für dieſelben zuſtändig. Gründe der Zweckmäßigkeit haben den Geſetzgeber bewogen, hievon eine Ausnahme zu machen, die aber eben darum nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als es der Wortlaut fordere. Die adminiſtrative Competenz ſey daher nicht begründet, wenn die Gemeinde nicht vorher ihr urſprüngliches Eigenthum an den Grund-

---

*) Fortſetzung von Bd. VI. S. 118 ff.

Digitized by Google

ſtücken, die ſie anſpricht, erwieſen habe, ſowie dann, wenn der Beklagte einen gültigen Erwerbstitel für ſich habe.

2) Eine zweite Frage, mit der ſich unſer Aufſatz beſchäftigt, iſt: Kann ein Privater, der bei der Ausführung eines Miniſterialbefehls Schaden an ſeinem Vermögen erlitten hat, Erſatz beanſpruchen? Iſt insbeſondere der Staatsrath competent zur Entſcheidung über einen ſolchen Anſpruch? — Die Frage iſt durch Maßregeln veranlaßt, welche der Miniſter des Innern im Jahre 1849 und 1854 gegen die Drucker gewiſſer Blätter verhängt hatte, und auf dieſe Fälle bezieht ſich die vorliegende Mittheilung. Der Staatsrath erklärte ſich in dem einen Fall mittelbar für zuſtändig, im andern für unzuſtändig; Ch. vertheidigt mit guten Gründen die erſtere Auffaſſung.

Damit ſteht eine Mittheilung von Serrigny in Bd. XI. S. 193 ff. im Zuſammenhang; auch ſie bringt kritiſche Erörterungen über Fragen des Verwaltungsrechtes, welche dem Staatsrath zur Entſcheidung vorgelegen hatten, und zwar bezieht ſich

1) die erſte Erörterung auf die Frage, ob die Gebühren, welche der Zögling eines Lyceums oder einer öffentlichen Specialſchule ſatzungsmäßig zu entrichten hat, ſofort mit executiver Gewalt beigetrieben werden können, ähnlich wie ſonſtige Staatsgefälle, oder ob man die Gerichte anrufen müſſe? Der Staatsrath hat ſich für die zweite Alternative erklärt, und S. ſucht nun nachzuweiſen, daß dieſes Erkenntniß irrig ſey.

2) Eine zweite Erörterung beſchäftigt ſich mit einer Controverſe des franzöſiſchen Gemeinderechts. Das Geſetz vom 18. Julius 1837 hatte nämlich den Abtheilungen einer Gemeinde, die früher ſelbſtändig geweſen waren und ein eigenes Vermögen beſeſſen hatten, dieſes ausdrücklich vorbehalten und den Gemeindeorganen nur das Recht eingeräumt unter Aufſicht der höheren Auctoritäten die Art des Genuſſes dieſer Güter zu regeln. Ueber den Umfang dieſer Competenz erhob ſich Streit, insbeſondere darüber, ob die Gemeindebehörde befugt ſey, die beſagten Güter auf gewiſſe Zeit zu verpachten, um aus dem Pachtſchillinge die Gemeindeſchulden zu verzinſen und zu tilgen. Die Entſcheidung des Staatsraths verneinte dieß, unſer Auctor glaubt, es müſſe bejaht werden.

Salverte ſetzt in Bd. X. S. 410 ff. ſeinen Verſuch über die Schenkungen zum Vortheil von öffentlichen oder kirchlichen An-

Digitized by Google

ſtalten fort (ſ. oben S. 123) und zwar hat er ſich in dem vorliegenden Abſchnitt ſeiner Abhandlung zur Aufgabe gemacht darzulegen, wer berechtigt ſey, für die einzelnen Arten von Anſtalten, die Vermächtniſſe und Schenkungen, die ihnen durch Privatverfügungen zugewendet werden, förmlich anzunehmen. Einerſeits der Zweck, den eine Stiftung verwirklichen ſoll, anderſeits der Umfang und die Ausdehnung des Zweckes in geographiſcher und perſönlicher Beziehung iſt dafür maßgebend.

Königswarter führt uns in Bd. XI. S. 443 auf ein in der jüngſten Zeit vielſeitig betretenes Gebiet — auf die Frage nämlich, ob es nothwendig, beziehungsweiſe zweckmäßig ſey, einen geſetzlichen Zinsfuß zu ſtatuiren, und dann, ob der Wucher mit Strafe zu ahnden ſey? Die Hauptſätze, zu welchen der Verfaſſer gelangt, ſind aber folgende: Für Handelsgeſchäfte gibt es keine geſetzliche Beſchränkung der Zinſen. Auch im gewöhnlichen Verkehr iſt es erlaubt, höhere Zinſen, als das Geſetz ſie feſtſetzt, (5%) durch Vertrag zu ſtipuliren (bis zu 6%). Die einfache Ueberſchreitung des Maximums der Zinſen iſt noch keine ſtrafbare Handlung, ſondern hat nur zur Folge, daß ſie nichtig iſt und keine Klage begründet. Mit Strafe ſollte nur der verkleidete und der betrügeriſche Wucher belegt werden.

G. Rouſſet von dem Buchſtaben des Geſetzes oder von der vernünftigen Reduction und Codification der Geſetze. B. IX S. 324—371. B. X. S. 319—353. B. XI. S. 159—188.

Der Verf. theilt zuvörderſt die Anſichten, welche in einem früheren Aufſatze dieſer Zeitſchrift entwickelt worden waren*), inſofern hier die Uebelſtände der zur Zeit beſtehenden Geſetzgebung — ihre Unordnung und Unklarheit und die daraus fließenden Nachtheile dargelegt werden. Er hält es aber zur Abhülfe nicht für genügend, daß man das vorhandene Material bloß codificire. Um ſeine Auffaſſung und ſeine Vorſchläge über die Art der Abhilfe zu begründen, ſucht er die Urſachen der Vervielfältigung der Geſetze und der daraus ſich ergebenden Unſicherheit der Rechtsanwendung aufzuzeigen. Als ſolche Urſachen der Vervielfältigung der Geſetze nennt er aber: a) die Aenderung der thatſächlichen Verhältniſſe

*) S. dieſen Aufſatz im Auszug oben S. 119.

Digitized by Google

und die Entſtehung ganz neuer, die immer wieder neue Geſetze fordern; b) die fehlerhafte Weiſe, wie ſie entworfen, berathen und redigirt werden, wobei er insbeſondere deren Behandlung durch die Kammern hervorhebt und daher die Unterdrückung der parlamentariſchen Tribüne in der Verfaſſung von 1852 als einen Vortheil rühmt*); c) die Art und Weiſe, wie das Verhältniß der neuen Geſetze zu den ältern vom Geſetzgeber beſtimmt zu werden pflegt, indem in der Regel deßfalls nur die Worte gebraucht werden: „Die früheren, dem eben publicirten Geſetze widerſprechenden Normen ſind aufgehoben.“ Der Geſetzgeber, der ſo verfährt, gleicht einem Menſchen, der immer gerade anläuft, ohne je hinter ſich zu blicken, und ſein Verfahren erzeugt unzählige Verwirrungen. Die Unſicherheit und Wandelbarkeit der Praxis wird aus zwei Gründen erklärt, theils aus der Ungewißheit des Geiſtes der Geſetze, theils aus der Unklarheit ihres Wortlautes.

Die Darlegung ſeiner Grundſätze beginnt der Verf. (B. X. S. 319) mit allgemeinen Bemerkungen über die Faſſung der Geſetze. Der Geſetzesſtyl iſt ein beſonderer, der von allen andern Arten des Styls abweicht; die Eigenſchaften welche von ihm verlangt werden, ſind: Einfachheit, Klarheit, Beſtimmtheit. Um nachzuweiſen, daß dieſe Forderung gerechtfertigt ſey, wird auf die Autorität von Montesquieu und Bentham Bezug genommen, von denen insbeſondere der letztere die Kunſt der Geſetzgebung weſentlich weiter gefördert habe, und wird dann zu zeigen geſucht, daß es möglich und ausführbar ſey, einfache klare und beſtimmte Geſetze zu erlaſſen. Als Regeln, welche bei der Formulirung derſelben zu beobachten ſind, um dieſen Zweck zu erreichen, führt der Verf. (S. 340) an:

1) Die Geſetze müſſen in einfacher Weiſe in der Landesſprache abgefaßt werden, und damit Wort und Gedanken ſich decken, ſoll man

2) keinen Ausdruck gebrauchen, deſſen Sinn man nicht zu-

*) Wir ſtellen nicht in Abrede, daß die Kammern ihre Befugniß der Mitwirkung bei der Geſetzgebung unrichtig verſtehen und namentlich von ihrem Rechte der Amendirung einen zu ausgedehnten und vielfach nachtheiligen Gebrauch machen; allein um dieſem Uebelſtande zu begegnen, braucht man nicht die Tribüne zu unterdrücken, ſondern nur auf beſſern Gebrauch derſelben zu wirken.

Digitized by Google

vor definirt hat, zur Bezeichnung der gleichen Gedanken auch die gleichen Ausdrücke anwenden, dagegen es vermeiden ein und dasſelbe in verſchiedenen Bedeutungen zu gebrauchen.

3) Da die Sätze, aus denen das einzelne Geſetz beſteht, dem beſondern Charakter desſelben zu entſprechen haben, ſo bilde man das Geſetz aus grammatiſch richtigen Sätzen nach Maßgabe der aus der Natur der Dispoſition abgeleiteten Formeln, und widme jeder beſonderen Beſtimmung des Geſetzes auch einen beſonderen Satz.

An dieſe Bemerkungen reiht ſich (S. 334 ff.) eine Erörterung über die Codification an. Jede Codification ſetzt ein Uebel voraus, das ſie zu heilen beſtimmt iſt; ſie will der Mannichfaltigkeit der Geſetze und der daraus entſtehenden Rechtsunſicherheit Schranken ſetzen, um Ordnung in die Unordnung zu bringen; ſie enthält daher immer auch einen Fortſchritt. Freilich iſt dieſes nicht allgemein anerkannt; die Codification hat nicht bloß Freunde ſondern auch Gegner, und zu dieſen rechnet der Verfaſſer vorzugsweiſe die Juriſten der hiſtoriſchen Schule in Deutſchland*). Das was ſie gegen die Codification geltend gemacht haben, wird in gedrängter Weiſe auseinander geſetzt. Während die hiſtoriſche Schule im Intereſſe der Billigkeit und des freien Inſtincts des Volkes gegen die Codification ſich erkläre, habe ihr gegenüber die philoſophiſche Schule im Intereſſe der Gerechtigkeit und der fortſchreitenden Stetigkeit der menſchlichen Einrichtungen Geſetzbücher verlangt, und das Bedürfniß derſelben aus ihrer Auffaſſung des Rechts zu entwickeln geſucht. Dieſen beiden Anſchauungen reiht ſich eine dritte eklektiſche an, die der Codification mit Unterſcheidungen das Wort redet. Unter den Anhängern dieſer Richtung nennt unſer Auctor den Criminaliſten Roſſi, der für die Gerichtsverfaſſung und den Proceß Geſetzbücher, für das Strafrecht jedenfalls poſitive Vorſchriften, wenn auch nicht gerade in Einem Geſetzbuche vereinigt fordert, dagegen im Civilrecht die Codification zum mindeſten nicht für nothwendig erachtet. Zu den Eklektikern gehört auch der Verfaſſer der vorliegenden Abhandlung; nur iſt ſeine Diſtinction eine andere. Er unterſcheidet nämlich im Rechte

*) Als die Vertreter derſelben führt er an: Moſer, Hugo, Savigny, Eichhorn, Niebuhr, Haubold und Göſchen.

Digitized by Google

zwei Beſtandtheile, einen zwingenden und die natürliche Freiheit der Menſchen beſchränkenden Beſtandtheil, und einen auslegenden, ergänzenden und entwickelnden; während der erſtere dauernd und unveränderlich iſt, unterliegt der zweite der Bewegung und dem Fortſchritte. Die Regeln der erſteren Art nennt er Geſetze im eigentlichen Sinne, die entweder zum Zwecke haben, Behörden einzuſetzen um die Intereſſen des Ganzen zu wahren, oder gewiſſe Dinge zu gebieten oder zu verbieten. — Der zweite Beſtandtheil wird der Doctrin überwieſen; ſie hat die Interpretation und Anwendung der Geſetze in Gemäßheit der Willensacte und Verträge der Privaten zu vermitteln; ſie hat einerſeits den Geiſt der Geſetze, anderſeits die Abſicht der Parteien ſich klar zu machen, um auf dieſer Grundlage die Rechtsanwendung zu erleichtern. — Nur die eigentlichen Geſetze könne und ſolle man codificiren. Es genügt, der individuellen Freiheit die im Intereſſe des Ganzen nöthigen Schranken zu ſetzen; wo hiezu kein Bedürfniß ſey, da laſſe man dem Privatwillen volle Unabhängigkeit.

Petit bringt (XI. S. 452–467) eine Erörterung über „die Wege", und zwar beſchränkt er ſich auf jene Arten derſelben, welche mehr dem kleinen oder örtlichen Verkehr dienen, ſchließt daher die Landſtraßen*) ſowie die Straßen innerhalb der Gemeinden aus. Als ſolche Wege für den kleinen Verkehr führt die Abhandlung auf „les chemins vicinaux ruraux, communaux, les chemins d'exploitation, de servitude, d'enclave, les passages de tolérance," und gibt ihre unterſcheidenden Merkmale und die darauf bezüglichen Rechtsvorſchriften an.

---

2) Der Deutſchen.

A. Die neuen handelsrechtlichen Zeitſchriften.

1) **Neues Archiv für Handelsrecht**, herausgegeben von Dr. J. F. Voigt, Rath bei dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck, und Dr. E. Heinichen, Präſes des Handelsgerichts zu Hamburg. 1. Bandes 1. Heft. Hamburg, Perthes Beſſer und Mauke 1858.

---

*) Die Landſtraßen theilt das franzöſiſche Recht in drei Claſſen: kaiſerliche, dann Departementsſtraßen und Vicinalſtraßen für den großen Verkehr (routes vicinales de grande communication).

Digitized by Google

2) **Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht** herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt, Docenten der Rechte in Heidelberg, I. Bandes 1 Heft Erlangen. Ferdinand Enke, 1858.

3) Zeitschrift für **Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe aller deutschen Staaten in Handelsrechtssachen mit Einschluß des Wechselrechts.** Von Dr. G. M. Kletke. I. Jahrgang, 1. Heft Nürnberg 1857. Verlag der Phil. Raw'schen Buchhandlung (C. A. Braun).

Der große Aufschwung, welchen mit dem Handel selbst auch das Studium und die Fortbildung des Handelsrechts in neuester Zeit genommen, hat das Bedürfniß periodischer Organe für dieses Gebiet der Rechtswissenschaft geweckt. Nicht als ob in den vorhandenen juristischen Zeitschriften das Handelsrecht überhaupt unvertreten geblieben wäre — man darf im Gegentheil wohl sagen, daß der handelsrechtliche Stoff unserer periodischen Literatur mit jedem Jahre gewachsen ist. Allein eben diese Zunahme handelsrechtlicher Arbeiten, welche in einer großen Anzahl von Zeitschriften zerstreut erschienen, mußte den Gedanken hervorrufen, daß durch die Vereinigung der Kräfte zur Herausgabe einer speciellen handelsrechtlichen nach einem festen Plane geleiteten Zeitschrift viel geleistet werden könne. Es ist nicht zu verkennen, daß die Verwirklichung dieser Idee durch die Eröffnung der Nürnberger Conferenzen beschleunigt wurde; denn durch die Einheitsbestrebungen auf dem Gebiete der deutschen Handelsgesetzgebung war die Bedeutung der wissenschaftlichen Behandlung dieses Rechtszweigs noch mehr in den Vordergrund getreten.

Daß nun zu gleicher Zeit mehrere periodische Organe für das Handelsrecht entstanden sind, darf uns nicht Wunder nehmen. Sind wir doch in diesen Dingen so wenig an Centralisation gewöhnt, daß wir fast für alle Gebiete des Wissens stets mehrere Zeitschriften neben einander bestehen sehen, ohne daß sich oft eine Verschiedenheit der Richtungen erkennen ließe. Liegt aber eine Verschiedenheit der Richtungen wirklich vor, so hat selbstverständlich eine Mehrheit von Zeitschriften innerhalb desselben wissenschaftlichen Gebietes ihre volle Berechtigung.

Daß von diesem letztern Gesichtspunkt die neuen handelsrechtlichen Zeitschriften zu betrachten sind, ist nicht schwer nachzuweisen. Alle streben die wissenschaftliche Fortbildung des Handelsrechts an, aber jede derselben sucht diesen Gedanken in eigenthümlicher Weise zu verwirklichen.

Digitized by Google

Das Neue Archiv für Handelsrecht hat eine vorzugsweiſe praktiſche Richtung. Dieß iſt in dem Sinn zu verſtehen, daß die Abhandlungen in der Regel an praktiſche Fälle anknüpfen ſollen. Nach dem Programm ſoll die Zeitſchrift bringen: 1) Bearbeitungen einzelner Partien des Handelsrechts, jedoch mit näherer Beziehung auf die Ergebniſſe der Praxis, 2) Rechtsfälle mit kritiſchen Erörterungen, 3) Kunde von Erſcheinungen auf dem Gebiete der Handelsrechtsgeſetzgebung und der Literatur. Dieſem Programm entſpricht auch der Inhalt des erſten Heftes, nur die Geſetzgebung und Literatur haben in demſelben noch keine Berückſichtigung gefunden. Die Zeitſchrift verſpricht demnach für die Wiſſenſchaft des Handelsrechts ein bedeutendes praktiſches Material zu Tage zu fördern. Und ſie kann dieſes Ziel um ſo leichter erreichen als ſie naturgemäß ſchon jetzt ein ſpecifiſch hamburgiſches Gepräge trägt und in Zukunft vielleicht noch mehr tragen wird. Wir ſind weit entfernt in dieſer localen Färbung der Zeitſchrift einen Nachtheil zu erblicken. Vollſtändig treten wir vielmehr demjenigen bei, was die Herausgeber in dieſer Beziehung bemerken: „daß die Zeitſchrift in Hamburg erſcheint, wird ihr nicht zum Nachtheile gereichen. Der bedeutende und alle Zweige des Handels umfaſſende dortige Verkehr, die lebhaften und vielſeitigen Verbindungen, welche Hamburg mit allen, auch fernen Hauptplätzen des Handels unterhält, endlich der an Erfahrung reiche dortige Juriſtenſtand laſſen die Erwartung begründet erſcheinen, daß ein kaum zu erſchöpfendes Material auf fruchtbringende Weiſe wird benutzt werden können.“ Immerhin wird der Nutzen, den dieſe Zeitſchrift gewähren kann, weſentlich davon abhängen, ob es den Herausgebern und Mitarbeitern gelingen wird, die einzelnen praktiſchen Fälle ihrer zufälligen und unwichtigen Beſtandtheile zu entkleiden und den juriſtiſchen Kern derſelben in ſcharfer Formulirung zur Anſchauung zu bringen. Nichts iſt trübſeliger als jene bekannte Claſſe von Abhandlungen, welche ihre Entſtehung aus den Manualacten durch die Bezeichnung „bei Gelegenheit eines Rechtsfalls“ betonen und bei denen die allgemeine Betrachtung der Rechtsfrage unter der Mittheilung einer Maſſe unweſentlichen Details und unter dem wörtlichen Abdruck der Urtheile dreier Inſtanzen leidet. Dieſer Vorwurf trifft das erſte vorliegende Heft der Zeitſchrift allerdings nicht. Andererſeits aber vermag man bei Durchleſung

Digitized by Google

desselben die eben ausgesprochenen Befürchtungen auch nicht ganz zu unterdrücken. Denn in der ersten Abhandlung „Zur Lehre von der Mortification abhanden gekommener Schuldocumente" vermögen wir das Muster für die wissenschaftliche Bearbeitung eines praktischen Falles nicht zu erblicken. Die dort besprochenen höchst interessanten, bisher kaum aufgeworfenen Rechtsfragen — Mortification eines factisch nicht verloren gegangenen, sondern unter Verschweigung von Umständen fälschlich als verloren bezeichneten Documents und Restitution gegen diese Mortification — würden durch eine weniger eingehende Betrachtung der speciellen begleitenden Umstände und durch eine schärfere Formulirung des juristischen Kerns sicher viel gewonnen haben.

Die Abhandlungen, welche das erste Heft bietet, schließen sich übrigens nicht bloß an die gerichtliche Praxis an. Auch das praktische Material des Geschäftsverkehrs ist benutzt, und solche juristische Constructionen der Verkehrsverhältnisse sind um so erwünschter je bekannter es ist, daß viele dieser Verhältnisse selten zur Cognition des Richters kommen und daher durch das bloße Studium gerichtlicher Urtheile auch nicht kennen gelernt werden können. Die Abhandlung „Vom Schadensersatze bei Hamburgischen Lieferungsgeschäften „ab auswärts" von dem Herausgeber Dr. Heinichen, welche eine wichtige Gattung des Lieferungsgeschäftes betrachtet, ist deßhalb besonders dankenswerth.

Ein höheres Ziel als das eben besprochene Neue Archiv für Handelsrecht hat sich die Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt gestellt. Diese Zeitschrift verspricht: 1) Abhandlungen von dogmatischem, exegetischem und historischem Inhalte, 2) Uebersichten über ältere und neuere Quellen des Handelsrechts, namentlich über geltende Usancen und über deutsche und fremdländische Gesetzgebung, 3) die wichtigeren einschlagenden Präjudicien der deutschen und, soweit möglich und zweckmäßig, der auswärtigen Gerichtshöfe, 4) Uebersichten der inländischen und ausländischen handelsrechtlichen und nationalökonomischen, namentlich handels-wissenschaftlichen Literatur in Recensionen, Auszügen und Anzeigen, 5) Miscellen, insbesondere statistische Nachrichten aus dem Gebiete der Handelsrechtspflege.

Die Zeitschrift beabsichtigt also ein Centralorgan für die Theorie wie für die Praxis und die Gesetzgebung des Handelsrechts

Digitized by Google

zu werden. Von jeder Beſchränkung auf einzelne Richtungen und Geſichtspunkte abſehend, erſtrebt ſie vielmehr eine Vereinigung aller Kräfte und Richtungen zur Durchführung des gemeinſchaftlichen Zwecks. „Was uns noth thut", ſagt der Herausgeber in der Einleitung zu dem vorliegenden erſten Hefte, „iſt nicht ein neuer Standpunkt, ſondern die gleichmäßige Pflege aller der verſchiedenen und ſämmtlich fruchtbaren Richtungen, welche nacheinander in der Geſchichte unſerer Wiſſenſchaft hervorgetreten ſind: der wirthſchaftlichen wie der geſchichtlichen und dogmatiſchen." Dieſem vielſeitigen Programm entſpricht der überaus reiche Inhalt des erſten Heftes, welches eine große Fülle theoretiſchen wie praktiſchen Materials bietet, und welches in der That ganz den Charakter eines Centralorgans für die Theorie wie für die Praxis und die Geſetzgebung des Handelsrechts trägt.

Daß aber der Herausgeber im Stande iſt, jenes kühn gedachte Programm auch durchzuführen, dieß, glauben wir, hat er durch ſeine treffliche Einleitung „Ueber die wiſſenſchaftliche Behandlung des deutſchen Handelsrechts" hinreichend bewieſen. In kurzer klarer und überaus anziehender Weiſe ſtellt er die geſchichtliche Entwicklung dar, welche die Wiſſenſchaft und die Literatur des Handelsrechts ſeit dem Mittelalter genommen haben. Ueber die Methode, welche bei der Bearbeitung des Handelsrechts befolgt werden muß, über das Verhältniß der geſchichtlichen zur dogmatiſchen Behandlung ſind in dieſer Einleitung ſo feſte und durchaus zu billigende Grundſätze aufgeſtellt, daß ſich erwarten läßt, der Inhalt der neuen Zeitſchrift werde nicht durch den Zufall, ſondern durch die Anwendung eben jener Grundſätze beſtimmt werden.

Ob unter dieſen Umſtänden die dritte der oben genannten Zeitſchriften, die Zeitſchrift für Handelsgeſetzgebung von Kletke, welche ſich ausſchließlich auf die Mittheilung von Geſetzen und gerichtlichen Urtheilen in Handelsſachen beſchränken will, auf ein längeres Beſtehen rechnen kann, wird zunächſt davon abhängen, ob ſie die Zeitſchrift von Goldſchmidt in dieſem Punkte an Vollſtändigkeit übertrifft. Das vorliegende erſte Heft der Kletkeſchen Zeitſchrift verſucht eine ſyſtematiſche Ordnung der gerichtlichen Urtheile; da aber dieſe Ordnung doch nicht recht gelingen will, ſo wäre dem Herausgeber zu rathen, daß er ſich mit einem einfachen alphabetiſchen Regiſter begnügt. A. Anſchütz.

Digitized by Google

B. Inhaltsanzeige der Zeitſchriften.

1) Archiv für die civiliſtiſche Praxis. Bd. XL. (1857) (Fortſetzung von Bd. IV. S. 449 u. 450.)

I. Dernberg Dr., Prof. der Rechte in Zürich. Beitrag zur Lehre von der Tradition. S. 1.

II. Du Roi, weil. Oberappellationsrath in Lübeck. Ueber die Beweislaſt der Negatorienklage (1830) mit einem Nachtrag von Heiſe. S. 24.

III. Heiſe: Ueber die Beweislaſt bei der Negatorienklage. Nachtrag zur Du Roi'ſchen Ausführung. S. 50.

IV. Du Roi: Die actio quod jussu findet ſtätt, wenn der Hausſohn in Angelegenheiten ſeines Vaters oder in ſeinen eigenen contrahirt hat. S. 56.

V. Brackenhöft Dr.: Ueber den Einfluß der Klagebegründungsart auf die Geſtaltung des Civilproceſſes. S. 59.

VI. Mittermaier: Die neueſten Geſetzgebungsarbeiten über Gerichtsverfaſſung im Zuſammenhang mit den Beſtimmungen über das Verfahren nach den neueſten Geſetzentwürfen über Gerichtsverfaſſung in den Niederlanden, Belgien, Piemont, Preußen, Bayern, Oldenburg, geprüft. S. 88.

VII. Mittermaier: Die Bedeutung des canoniſchen und des damit zuſammenhängenden romaniſchen Proceſſes als Hauptquelle des gemeinen bürgerlichen Proceſſes nach den neueſten Forſchungen in Deutſchland, Italien, Frankreich. S. 124.

VIII. Guyet Dr.: Das fingirte Geſtändniß im Civilproceßrecht. S. 145.

IX. Gop, Fr. Dr., fürſtl. ſchwarzburgiſcher Geh.-R.: Ueber den Manifeſtationseid in der Executionsinſtanz. S. 178.

X. v. Linde: Bemerkungen über den Inhalt und die Bedeutung des Art. 12 der deutſchen Bundesacte, im Syſtem des gemeinen deutſchen Proceſſes. S. 206.

XI. Mittermaier: Die neueſten Geſetzgebungsarbeiten in Piemont, Bayern und Oldenburg in Bezug auf Gerichtsverfaſſung und Trennung der Juſtiz von der Verwaltung. S. 230.

XII u. XV. Dedekind Dr. Ad. in Braunſchweig: Die wechſelſeitige Verbürgung und die Bedeutung der Novelle 99. S. 264 u. 380.

XIII. Brackenhöft: Die Aenderung des Klagevortrags. S. 299.

XIV. Langenbeck, W. Dr. Docent in Jena: Bemerkungen über die Erforſchungen von Gewohnheitsrechten. S. 358.

XVI. Mittermaier: Das franzöſiſche bürgerliche Verfahren, ſeine Gebrechen und die möglichen Verbeſſerungen mit Rückſicht auf die neueſte Prüfung in Frankreich. S. 428.

Digitized by Google

2) Zeitſchrift für Civilrecht und Civilproceß. Neue Folge. XIV. Bd. Heft 2 u. 3. (Fortſetzung von Bd. IV. S. 450 u. 451.)

III. Schirmer, Dr. J. Th., Pr.-Docent zu Breslau: Die Beſitzerwerbung durch einen procurator omnium bonorum. S. 167.

IV u. VIII. Ortloff, Dr. Hermann, Pr.-Docent in Jena: Ueber den Urſprung und die Natur des heutigen Executivproceſſes. S. 197 und 441.

V. v. Buchholz Dr., Prof. in Königsberg: Die Geminationen im Codex Juſtinians. S. 241.

VI u. VII. Köſtlin C. R., Prof. in Tübingen: Ueber die Gränzen zwiſchen dem ſtrafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betruge. S. 294 und 307.

Bd. XV. Heft 1 und 2.

I. Heyer, großh. heſſ. Landrichter in Wimpfen: Beiträge zur Lehre vom Kaufe. S. 1.

II. Köſtlin C. R.: Ueber die Gränzen zwiſchen dem ſtrafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betruge. S. 46.

III. Emminghaus Dr. Bernh., Weimar'ſcher Miniſt.-Rath: Zur Lehre von der Competenz des Gerichtsſtandes vertragsmäßig eingegangener Verbindlichkeiten. S. 76.

IV. Zimmermann Fr. Dr., Hofgerichtsrath zu Gießen: Ueber fingirte und ſtillſchweigende Ceſſion, insbeſondere der Vindication. S. 102.

V u. VI. Brackenhöft: Das Gebiet der Mora des Schuldners. S. 122.

VII. Schirmer, Dr. J. Th., Privatdocent zu Breslau: Zur Lehre von der bona fides und dem justus titulus. S. 207.

VIII. Büff, Obergerichtsrath in Caſſel: Ueber die Rechtsmittel wider sententias competentiae und sententias incompetentiae. S. 253.

---

9) Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Zweiter Abſchnitt. Jahrg. 1857. (Fortſetzung von Bd. V. S. 316 u. 317.)

I. VI. XI. XVI. Mittermaier: Kritiſche Ueberſicht der Fortſchritte des Strafrechts in Beziehung auf Geſetzgebung, Strafſyſtem, Rechtsübung, Criminalſtatiſtik, gerichtliche Medicin, Pſychiatrie und Rechtswiſſenſchaft. S. 1, 163, 325 u. 471.

1. Fortſchritte in Bezug auf Geſetzgebung;
2. Beiträge zur Beurtheilung des Standes der Frage über Aufhebung der Todesſtrafe, ſowie über die Frage, unter welchen Bedingungen die Strafe beibehalten werden kann.
3. Ueber den neueſten Zuſtand der Anſichten und Erfahrungen über zweckmäßigſte Einrichtung der Strafanſtalten.

Digitized by Google

4. Neue Rechtsſprüche der oberſten Gerichte über wichtige Fragen des Strafrechts und Strafproceſſes.
5. Fortſchritte gerichtlicher Medicin und Pſychiatrie in ihrem Verhältniß zur Strafrechtspflege.

II. v. Wick, Kanzleirath in Bützow: Ueber Beweistheorie und Entſcheidungsgründe im Criminalproceß und deren Verhältniß zur Ermittlung der materiellen Wahrheit. S. 42.

III. Zachariä: Ueber die Schöffenverfaſſung nach der peinlichen Gerichtsordnung von 1532. S. 85.

IV. Gerau, Hofgerichtsrath in Darmſtadt: Ueber die Form des Verfahrens bei dem nur auf Antrag des Verletzten verfolgt werdenden Vergehen, ſowie bei den dem Einzelnrichter zur Entſcheidung überwieſenen Strafſachen.

V. Trieſt, Geheimer Juſtizrath in Berlin: Bemerkungen über die Entſcheidung der Schuldfrage durch die Richter. S. 121.

VII. Abbegg: Beitrag zur Lehre von der in einer Schlägerei verübten Tödtung, in einer Vergleichung des Art. 148 der P. G.-O. mit den ältern, beſonders kirchenrechtlichen Beſtimmungen. S. 212.

VIII. Walther Fr. Dr., Prof.: Ueber die Gründe zur Thatfrage-Entſcheidung. S. 239.

IX. u. XV. Haager, Hofgerichtsrath und Staatsanwalt in Conſtanz, Der Kampf zwiſchen Schwurgerichten und ſtändigen Gerichten. Nach den Erfahrungen geſchildert. S. 257 und 444.

X. Häberlin C. F. W. J. Dr. zu Greifswald: Bemerkungen über den Begriff des Ausdruckes „umſchloſſener Hofraum" in mehreren deutſchen Strafgeſetzbüchern. S. 285.

XII. Schwarze Fr. Dr.: Bemerkungen zu der Lehre von der Rückwirkung neuer Strafgeſetze auf ältere Verbrechen. S. 371.

XIII. Marquardſen Dr.: Die Lehre vom Nothſtande mit Beziehung auf einen merkwürdigen Rechtsfall. S. 396.

XIV. Beiträge zur Lehre von der Gotteslästerung mit Beziehung auf einen Rechtsfall aus der neueſten Zeit. S. 424.

XVII. Brauer Ed.: Ueber die entſcheidende Stimmenzahl bei Wahrſprüchen nach den verſchiedenen Geſetzgebungen und nach allgemeinen Grundſätzen. S. 527.

XVIII. Trieſt: Ueber den Einfluß der circonstances atténuantes auf die Anwendung der geſetzlichen Criminalſtrafen und insbeſondere der Todesſtrafe in Frankreich. S. 551.

XIX. v. Wick: Beiträge zur richtigen Auffaſſung des Weſens des Vorſatzes. S. 572.

XX. Bopp, Advocat in Darmſtadt: Eine der Lehre von der Wahlbeſtechung angehörende praktiſche Frage. S. 626.

Digitized by Google

11) Die Zeitſchriften für bayeriſches Recht. (Fortſetzung von Bd. V. S. 463.)

A. Die Zeitſchrift für Geſetzgebung und Rechtspflege liefert in den weiteren Heften des IV. Bandes (Jahrg. 1857) noch zwei wiſſenſchaftliche Erörterungen, nämlich:

a) zum oberſtrichterlichen Plenarbeſchluß über die Beweiskraft des neueren Strafurtheils für die Erledigung der privatrechtlichen Folgepunkte. S. 284;

b) über den Gewohnheitsbetrug S. 561;

in dem erſten Hefte des V. Bandes:

c) zur Gränzbeſtimmung zwiſchen Betrug, Erpreſſung und Beſtechung, S. 110;

d) über die verſagte Anerkennung von Urkunden, welche mit der Klage oder Antwort in Abſchrift mitgetheilt werden; unzuläſſiger Vorbehalt der Erklärung über eine Urkunde im Productionstermine bis zur Deductionsſchrift, S. 125.

B. Von dem Inhalte des XXII. Bandes (der neuen Folge II. Bd.) oder vom Jahrg. 1857 der Blätter für Rechtsanwendung die nun (von Nr. 15 an) unter der Redaction von Profeſſor Dr. Ernſt Aug. Seuffert erſcheinen, heben wir weiter hervor:

a) die Wechſelclauſel „14 Tage vor Verfall acceptabel". Nr. 12. S. 177 ff.;

b) über das Erforderniß des urkundlichen Belegs einer Mercantilklage. Nr. 13 u. 14 S. 193 u. 209;

c) über die Reduction der bei der Gutsübergabe für die Eltern bedungenen Ausnahme nach dem Tode des einen derſelben (nach gem. u. preuß. R.) Nr. 15 S. 225;

d) über das pactum de quota litis. Nr. 16 S. 241;

e) über den Art. 174 der Strafproceßnovelle vom 10. Nov. 1848 (oder über das Fragerecht des Schwurgerichtspräſidenten) Nr. 20 u. 21 S. 305 u. 321.

C. Die Blätter für adminiſtrative Praxis liefern ihrem Plane entſprechend auch in der 2ten Hälfte des Jahrgangs 1857 oder des VII. Bandes vorzugsweiſe Erörterungen und Abhandlungen über Verhältniſſe der bayer. Verwaltung; wir erwähnen davon:

a) eine Zuſammenſtellung der geltenden polizeilichen Beſtimmungen über das Brauen und Ausſchenken des Biers (Nr. 14—18);

b) eine Erörterung über Rettungshäuſer (Nr. 18 u. 19);

c) Erläuterungen zu dem Geſetze vom 31. Mai 1856 über die Capitalrentenſteuer (Nr. 20—22);

d) Anſtalten zur Förderung der arbeitenden Claſſe (Nr. 23);

Digitized by Google

e) über die Mitwirkung der Polizeibehörden zur Strafrechtspflege oder gerichtliche Polizei (Nr. 24 und 25).

D. Zu dieſen Zeitſchriften, welche zunächſt im Dienſte der Praxis ſtehen und die daher die Kritik und die Geſetzgebungs- und Verwaltungspolitik ausſchließen, iſt in der jüngſten Zeit noch eine neue gekommen: „die Zeitſchrift für Geſetzgebungs- und Verwaltungsreform in Bayern," herausgegeben von K. Brater, von welcher vor kurzem das erſte Heft ausgegeben worden iſt. Sie ſoll die vorhandenen periodiſchen Organe ergänzen, indem ſie Gelegenheit zu wiſſenſchaftlichen Erörterungen über die Fortbildung und Entwicklung des Rechtes bietet. Das erſte Heft enthält:

a) Eine Einleitung vom Herausgeber S. 1.
b) Bluntſchli: Gemeinſame und einzelſtaatliche Geſetzgebung S. 11.
c) Lauck: Die bayeriſche Civilproceßgeſetzgebung. S. 30.
d) Brater: Ein Votum über die Entlaſſung der Geſetzgebungsausſchüſſe. S. 55.

---

16) Archiv für preußiſches Strafrecht. Herausgegeben von Ober-Tribunalrath Goltdammer*).

Bd. V. (1857) enthält, von einigen kleineren Mittheilungen abgeſehen, folgende Aufſätze:

Orthmann, Oberſtaatsanwalt zu Köslin: Eine Frage aus der Lehre vom Kindsmord. S. 3.

Ueber den Thatbeſtand des gewaltſamen Widerſtandes gegen Beamte. S. 35.

Stemann, Staatsanwalt zu Preußiſch Stargard: Gibt es nach preußiſchem Strafrecht eine Theilnahme an Vergehen aus Fahrläſſigkeit? S. 48.

Ueber den Thatbeſtand der Entwendung von Früchten, Eßwaaren und Getränken. S. 54.

Mittermaier Dr.: Das Verbrechen der Vergiftung in ſeiner Bedeutung für Geſetzgebung, Strafrecht und Strafverfahren mit Rückſicht auf die neueſten Forſchungen der Chemie und Medicin. 4ter Beitrag. S. 145.

---

*) Vergl. die Bemerkungen über dieſe Zeitſchrift im allgemeinen und über den Inhalt von Bd. IV. oben Bd. V. S. 430 u. 431.

Digitized by Google

Heinze, Staatsanwalt in Dresden: Die Strafe der Confiscation nach den neueren deutſchen Geſetzgebungen. S. 166.
Ueber den Thatbeſtand der Abtreibung der Leibesfrucht durch Dritte. S. 201.
Ueber die Stempelcontravention in Bezug auf mündliche Abreden neben ſchriftlichen Verträgen. S. 213.
Ueber den Begriff der mildernden Umſtände. S. 222.
Ueber den dolus bei der Hehlerei. S. 231.
Caſper, erſter Referent: Was iſt Verſtümmelung im Sinne des §. 193 des Strafgeſetzbuches? Superarbitrium der königlichen wiſſenſchaftlichen Deputation über das Medicinalweſen. S. 279.
Jdeler Dr., Geheimer Medicinalrath und Profeſſor: Ueber die verminderte Zurechnungsfähigkeit. S. 289.
Tippelskirch v., Oberſtaatsanwalt zu Stettin: Beiträge zur künftigen Strafproceßordnung für Preußen. S. 303.
Tödtung auf Verlangen des Getödteten. S. 326.
Altmann Albrecht Dr. jur. in Breslau: Bemerkungen zum §. 241 des Strafgeſetzbuches. S. 335.
Ueber die gegenſeitige präjudicielle Wirkung von Civil- und Criminal-Urtel. S. 344.
Ueber den Thatbeſtand der Tödtung durch die Geſammthandlungen mehrerer nicht in Concurrenz handelnder Thäter. S. 385.
Löwenhardt S. E. Dr. zu Prenzlau: Iſt Leben und Athmen in foro identiſch? Ein Beitrag zur Lehre vom Kindermord. S. 433.
Ueber einige Mängel der Frageſtellungen an die Geſchworenen und der Verdicte der letzteren. S. 452.
Trieſt, Geheimer Juſtizrath in Berlin: Die Verbrechen wider das Leben in Preußen und Frankreich, ſtatiſtiſch verglichen. S. 466.
Gibt es einen Verſuch der Meuterei? S. 482.
Böhlau Dr., Privatdocent in Halle a. S.: Volenti non fit injuria? Mit Bezug auf Archiv I. S. 325—333. S. 489.
Ueber die Stellung des erkennenden Richters zu den Vorſchriften der Criminalordnung über die Führung der Unterſuchung. S. 507.
Ueber die Verpflichtung Gewerbtreibender für die Defraudations- und Contraventionsſtrafen ihres Geſindes ꝛc. zu haften. S. 523.
Zachariä H. A., Profeſſor zu Göttingen: Zu Th. I. tit. II. des Strafgeſetzbuches. Von dem Verſuche der Verbrechen. S. 577.
Zum Thatbeſtand der Urkundenfälſchung. S. 598.
Trieſt, Geheimer Juſtizrath in Berlin: Ein Beitrag zur Gefängnißkunde Bayerns. S. 609.
Zwei Nachdrucksfälle. S. 618.
Wer iſt der Beſchädigte beim Diebſtahl? S. 643.
Die Actenwidrigkeit als Nichtigkeitsgrund im öffentlichen und mündlichen Strafverfahren. S. 655.
Die preußiſche Geſetzgebung in Bezug auf die Lebenszeichen neugeborner Kinder. S. 714.

Digitized by Google

Köſtlin Reinhold C., Profeſſor: Darſtellung der Lehre vom ſtrafbaren Bankerott, überhaupt und beſonders nach der neueren deutſchen Geſetzgebung. S. 721.

Inhalt des VI. Bandes. Heft 1.

1. Köſtlin C. Reinhold: Darſtellung der Lehre vom ſtrafbaren Bankerott, überhaupt und insbeſondere nach der neuern deutſchen Geſetzgebung.
2. Abegg: Ueber den Geſichtspunkt der Strafbarkeit bei Einreihung verbrecheriſcher Handlungen in das Syſtem eines Strafgeſetzbuches. Mit beſonderer Berückſichtigung der ſog. intellectuellen Urkundenfälſchung.
3. Ueber die Entwendung von Fiſchen aus geſchloſſenen Privatgewäſſern.
4. Zur Frage über die Beamteneigenſchaft.

Digitized by Google

XV.

Syſtematiſche Darſtellung des deutſchen Strafverfahrens auf Grundlage der neuern Strafproceßordnungen ſeit 1848.

Von Dr. Jul. Wilhelm Planck, ordentlichem Profeſſor der Rechte und Ordinarius des Spruchcollegiums zu Kiel. (Göttingen 1857.) S. XXVIII. 656.

Die Wiſſenſchaft des Strafproceſſes ſteht in Deutſchland an einem neuen Wendepunkte. Wohl noch nie hat dieſelbe eine ſo gewaltige Anregung zur Thätigkeit und Vermittelung erhalten als gerade in der letzten Zeit. Die Einführung des neuen, auf Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Staatsanwaltſchaft gebauten Verfahrens nebſt Schwurgericht war zwar bereits vielfach auf Kathedern und in ſtändiſchen Kammern, ſowie auf Congreſſen und in Schriften empfohlen, oder auch widerrathen und zum Gegenſtand weitläuftiger Discuſſionen gemacht worden. Allein dieſe Discuſſionen bezogen ſich meiſtens auf die Aufzählung und Schilderung der Gebrechen des zeitherigen Verfahrens und auf die Darlegung der Heilkräfte, welche durch das in Frage geſtellte neue Verfahren geboten würden. Sie ermangelten aber jener unmittelbaren Beziehung zu der praktiſchen Durchführung der beantragten Reformen, in welcher die Lebensfrage der letzteren ſelbſt liegt. Auch vermißte man nicht ſelten eine principielle Behandlung der in Antrag gebrachten Hauptpunkte des neuen Verfahrens und eine Beurtheilung derſelben,

Digitized by Google

welche die allgemeinen Anforderungen an jedes, dem Dienste der Gerechtigkeit gewidmetes Strafverfahren berücksichtigt hätte. Ein großer Theil der Praktiker sah dem „gelehrten Streite" ziemlich gleichgültig zu, namentlich in denjenigen Ländern, in welchen eine Geneigtheit der Regierung zur Einführung des neuen Verfahrens und hiermit eine praktische Bedeutung des Streits für das eigene Land nicht vorhanden zu seyn schien. Der praktische Boden für das neue Verfahren war also noch nicht vorbereitet, und das zeitherige Recht wiegte sich in der Sorglosigkeit verjährten Besitzes, als das Jahr 1848 unter den übrigen Reformen auch das neue Verfahren mit Schwurgerichten postulirte.

Jene Unklarheit über die Beziehungen der neuen Reformen zu den allgemeinen Principien unseres Proceßrechts und jene Trägheit der Praktiker rächte sich jetzt vollständig. Es ist so oft gesagt und geschrieben worden, daß es vorzugsweise Männer der Theorie gewesen, welche in und außer den ständischen Kammern die Zügel der Bewegung ergriffen und ihr in den postulirten Reformen Ausdruck und bestimmte Richtung gegeben hätten, und man ist jetzt gewöhnt insbesondere gegen sie den Vorwurf eines völligen Mißverständnisses der wahren Bedürfnisse und Gebrechen des öffentlichen Lebens oder wohl selbst eines Mißbrauchs der durch die Bewegung lebendig gewordenen Leidenschaften zu erheben. Allein die Männer, von denen jene Postulate ausgingen, waren größtentheils Männer der Praxis, welche, wenngleich bis dahin in träger Scheu vor Studien angeblich unpraktischer Fragen, in ihnen jetzt den Haltpunkt der Bewegung begierig erfaßten und sie als die Heilmittel der beklagten Gebrechen priesen. Es waren häufig unpraktische Männer der Praxis, welche, selbst überrascht von dem Hereinbrechen des wilden Stromes, rasch nach jedem Mittel griffen, um dem Strome eine geregelte Linie anzuweisen und ihn dadurch fruchtbar und dienstbar zu machen. Schon in dieser Kundgebung haben wir übrigens unsre Ansicht ausgesprochen, daß wir ungeachtet dieser Auffassung durchaus nicht in Abrede stellen, wie die meisten oder doch sehr viele Freunde der Reformen unseres Strafverfahrens von einem edlen Motive geleitet wurden, indem sie, in eigener Unkenntniß von der Tragweite ihrer Postulate, in ihnen eine Abhülfe längst bekannter und gefühlter Gebrechen erblickten. Ebenso müssen wir zugestehen, daß keineswegs alle diejenigen

Digitized by Google

Männer, welche aus der Praxis hervorgegangen und von der Bewegung emporgehoben, des tieferen Verständnisses jener Postulate entbehrt hätten. Es kann namentlich nicht bezweifelt werden, daß in Preußen, Bayern und Großh. Hessen durch die in den dasigen Rheinprovinzen gebildeten Juristen eine genauere und klarere Erkenntniß der Grundgedanken des neuen Verfahrens verbreitet und dadurch die Einführung des letzteren einigermaßen vorbereitet war. Es ist auch in einzelnen andern Ländern durch ausgezeichnete Praktiker (wir nehmen hier insbesondere auf das Werk des Dr. Braun Bezug) für das Verständniß des neuen Verfahrens Vortreffliches geleistet und dem letzteren selbst dadurch ein wesentlicher Vorschub gewährt worden.

Allein, indem wir gern und dankbar diese Zugeständnisse machen, können wir doch das allgemeine, oben ausgesprochene Urtheil nicht zurücknehmen, und die Richtigkeit desselben dürfte in den noch fortdauernden Wirkungen der Thatsachen, auf welche es sich stützt, eine Bestätigung finden.

Mit dieser praktischen Unklarheit und Unsicherheit verband sich die Gefahr des politischen Elements, mit welchem die neue Reform vermengt oder, richtiger, durch welche sie verfälscht wurde. Niemals ist wohl der Wissenschaft und insbesondere der Rechtspflege die Verbindung mit der Politik gefährlicher und nachtheiliger gewesen, als bei diesen Reformen. Dieses wandelbare, unruhige, sich selbst abnutzende und aufreibende Element in Verbindung mit den unantastbaren, in neuer Form sich nur verjüngenden, aber nicht wechselnden Principien des ewigen Rechts! Darüber herrscht wohl auch bei den Freunden wie bei den ehrlichen Gegnern des neuen Verfahrens *eine* Stimme, daß jene Verbindung die naturgemäße Entwickelung des letzteren von Anfang an unterdrückt hat, und nur unverständige Menschen sind es, welche das, was ausschließlich jener unglücklichen Verbindung zur Last fällt, als die natürliche Frucht des neuen Verfahrens bezeichnen und aus ihm die Waffen gegen das letztere schmieden. Es ist ungerecht, den Unwillen gegen die damalige Bewegung und das Mißtrauen gegen die aus ihr hervorgegangenen Neugestaltungen auf die Reformen des Strafverfahrens überzutragen. Zwar soll nicht verkannt werden, daß von manchen Seiten diese Reformen als eine politische Errungenschaft und als ein politischer Fortschritt aufgefaßt und behandelt

Digitized by Google

wurden und daß insbesondere in dem Schwurgerichte der Schutz der neuen, von den Staatsrichtern angeblich vorurtheilsvoll betrachteten und mißfällig beurtheilten jungen Freiheit gefunden wurde. Allein wie diese Ansichten gegenwärtig nicht mehr die maßgebenden sind, so ist wohl auch jetzt die Auffassung des Geschwornengerichts als eines demokratischen Instituts eine längst überwundene, und unbestritten daß sie weder in der Geschichte noch in dem wahren Charakter dieses Gerichts eine Unterstützung findet. Es ist dieß insbesondere von Männern ausgeführt worden, welche, über dem Treiben der politischen Parteien hoch erhaben, das Institut der Jury rein objectiv untersucht haben, ja welche zum Theil nicht einmal als Anhänger dieser Institution bezeichnet werden können. Wenn man sich hiergegen auf manche Erfahrung aus der Zeit der Bewegung beruft, so übersieht man, daß man bei der Einführung der Jury sie nicht als ein Rechtsinstitut, nicht als eine zur Beförderung der Rechtspflege bestimmte Anstalt, sondern als ein Partei-Institut, als eine politische Anstalt, als eine von dem Regenten dem Volke gewährte Concession und eine Beschränkung seiner Machtvollkommenheit behandelte, und darf dem Institut an sich nicht zur Last legen, was die Freunde desselben durch Verfälschung ihres Charakters verschuldet haben, so wenig sich andrerseits die letztern darüber wundern dürfen, daß die von ihnen ausgestreute Saat die naturgemäßen Früchte getragen hat. In dem Charakter des Geschwornengerichts liegt an sich diese Richtung gegen das monarchische Princip nicht. Allerdings hat man die Aburtheilung der politischen Verbrechen der Competenz der Jury in mehreren Ländern entzogen. Allein wie hierauf jene ungünstigen, wenngleich nicht maßgebenden Erfahrungen eingewirkt haben, so kann man diesen Ausschluß der Jury, so nachtheilig er immer auf die Stellung der Jury und auf das Vertrauen zu ihrer Befähigung überhaupt einwirken wird, auch aus allgemeinen in der Zusammensetzung eines Laiengerichts und in der eigenthümlichen Natur der politischen Verbrechen liegenden Gründen rechtfertigen. Wir haben uns hierüber bei anderer Gelegenheit*) ausgesprochen und gestatten uns hierauf Bezug zu nehmen.

Die Zukunft des Geschwornengerichts in Deutschland ist eine

*) In Weiske's Rechtslexikon Bd. X. S. 64 fg.

Digitized by Google

ungewisse, aber die Bedeutung desselben so weit sichergestellt, daß nicht zu befürchten ist, wie ihr durch einzelne gegen sie gerichtete, von Leidenschaftlichkeit und Parteieinseitigkeit dictirte Schriften und durch einzelne trügerische Referate über angeblich auffällige Verdicte in Wahrheit geschadet werden könne. Wie dergleichen absprechende, oft eben so unberechtigte als unverständige Kritiken auch gegenüber den Erkenntnissen rechtsgelehrter Richter nur machtlos in ihr Nichts zurückfallen, so sind auch viele solcher Referate, welche gegen einzelne Geschwornen-Verdicte veröffentlicht werden, ebenfalls unberechtigt, ja nicht selten noch weniger berechtigt, weil manches vielleicht nicht recht angemessenes Verdict durch die unpassende Fragstellung oder den unglücklichen Formalismus, dem man hiebei so häufig begegnet, veranlaßt, mithin von der Jury selbst nicht verschuldet worden. Wir glauben, daß die Beglaubigung der Jury als einer Anstalt für die Strafrechtspflege davon abhängen wird, ob man das große Räthsel der Scheidung der That- und der Rechtsfrage zu lösen vermag. Wir finden in ihm den Angelpunkt des Streites über die Jury, und in der Erklärung, daß diese Scheidung unmöglich sey, die Negation des ganzen Instituts. Alle übrigen Bedenken gegen die Jury — von denen wir die Frage wegen der Qualification des einzelnen Geschwornen und des hierauf bezüglichen Wahlgesetzes noch nicht an die Spitze stellen — treten vor diesem Räthsel in den Hintergrund. Wir halten es für unauflöslich, weil die gestellte Aufgabe eine in sich naturwidrige, und alle Versuche, einzelne Fälle in dieser Richtung hin zu zerlegen, eben nur auf die zerlegten Fälle sich beschränken, nicht aber die Hauptfrage gründlich und principiell beantworten.

Die Ansicht, daß in der Jury ein Palladium der neuen Freiheit gefunden worden, hatte auch die sich selbst überstürzende Einführung derselben zur Folge. Es galt, so bald als möglich einen Schutz und Schirm für die errungene politische Freiheit zu schaffen, und man fand ihn in der Jury. Die hieraus fließende Nothwendigkeit einer schleunigen Einführung der Jury wurde höher gestellt, als die Betrachtung, daß die Organisation der Gerichte zu der Aufnahme derselben noch nicht vorbereitet sey. Wo man dieser Betrachtung sich nicht verschloß, hatte sie die unglückselige Beschränkung der Jury auf die politischen Verbrechen, bezüglich deren die Jury wie ein Ausnahmegericht hingestellt wurde, und

Digitized by Google

mit ihr die für die Entwicklung und die Erfahrung der Jury höchst nachtheilige Isolirung derselben zur Folge. Es wurde ihr hierdurch der Charakter eines für die gesammte Strafrechtspflege bestimmten Instituts und die Gelegenheit, sich in ihrem Berufe zu üben, entzogen, vielmehr sie recht eigentlich zu einem Partei-Gerichte gestempelt.

In demjenigen, was wir oben über die Lösung der auf die That- und Rechtsfrage bezüglichen Schwierigkeiten gesagt haben, und in der Vereinigung beider Fragen in dem Verdict der englischen Jury liegt auch, wie wir glauben, das Hoffnungslose aller Versuche, aus dem englischen Rechte eine Abhülfe der Gebrechen des Geschworneninstituts sich zu verschaffen. Wir haben uns hierüber und über diese Versuche überhaupt bereits in unserm Aufsatze „die Entwickelung des Strafproceßrechts ꝛc." in Schletters Jahrbüchern Bd. IV. S. 39 fg. ausgesprochen.

Gegenwärtig treten nun alle diese Mängel schroff heraus und verlangen eine Abhülfe. Die Frage wegen der Gerichtsorganisation wird lebhaft discutirt, und die Discussion scheint noch ziemlich fern von ihrem Abschlusse zu seyn. Wir geben ohne weiteres zu, daß diese Frage nicht völlig unabhängig von finanziellen Beziehungen und Rücksichten, sowie von der Erwägung, ob und in wie weit die nöthige Zahl der Beamten zu erlangen und genügend zu beschäftigen seyn werde, beantwortet werden kann. Wir geben ferner zu, daß bei dieser Frage die Organisation der Behörden für die übrigen Zweige der Staatsverwaltung nicht außer Betracht bleiben darf und daher Rücksichten, welche nicht unmittelbar im Begriffe und Zwecke der Rechtspflege begründet sind, maßgebend seyn müssen. Allein ebenso ist der Ansicht entschieden entgegenzutreten, welche, so auffällig sie auch ist, immer wieder gehört wird, als ob das Verfahren nach den bereits gegebenen Behörden-Verhältnissen und Einrichtungen zuzuschneiden und die Einrichtung des Verfahrens unbedingt den so eben geschilderten Rücksichten und Beziehungen unterzuordnen sey. Es wäre eine große Wohlthat, wenn endlich ein befriedigender Abschluß des Experimentirens in der Organisation der Behörden und hiermit ein fester Boden für das neue Gerichtsgebäude gewonnen würde. So lange wir aber über die Grundsätze des neuen Verfahrens noch nicht zu einem festen und klaren Abschlusse gelangt sind, fehlt es auch an der Voraussetzung

Digitized by Google

für den Abschluß der Organisationsversuche. Wie die letzteren übrigens eine gedeihliche Entwicklung der neuen Institutionen selbst gefährden und naturnothwendig Mißstimmung und Unlust nicht bloß bei den Beamten, sondern auch im Volke überhaupt erzeugen, so sind sie auch geeignet, die Anschauungen des Publicums über die Institutionen selbst zu trüben und zu verwirren, und den Irrthum, als ob letztere praktisch undurchführbar oder schwerfällig seyen, zu erzeugen und zu nähren.

Wenn nun trotz aller dieser, in der Sache selbst und in der eigenthümlichen Gestaltung der Verhältnisse liegenden Schwierigkeiten, und trotz aller Anfechtungen und Gegenbestrebungen das neue Verfahren — abgesehen einstweilen von der Jury — in seinen Elementen der Unmittelbarkeit und Oeffentlichkeit, sowie der Staatsanwaltschaft eine ziemlich allgemeine Anerkennung gefunden hat, und die Resultate desselben überall die Erwartungen, die man von ihm hegte, befriedigt haben, so ist zugleich der Beweis von dem hohen Werth dieser Elemente und von der in denselben für eine gerechte Strafrechtspflege liegenden Garantie geliefert. Es kann sich nicht mehr darum handeln, diese Elemente wieder aufzugeben und zu dem alten Verfahren zurückzukehren, sondern nur darum, dieselbe in ihrer innersten Natur und in ihrer gegenseitigen Wechselwirkung, sowie in ihrem Einflusse auf die Gestaltung des Strafverfahrens kennen zu lernen, und diese Erkenntniß an den unwandelbaren Principien und Erfordernissen einer gerechten Strafrechtspflege zu prüfen. Mit dieser Prüfung werden wir die Grundlagen stets sichern, auf denen jene Elemente der Gerechtigkeit dienstbar gemacht und nach dem praktischen Bedürfnisse verwerthet werden können.

Die Wissenschaft ist jetzt berufen, auf den Platz, welchen ihr die sich überstürzende Zeit geraubt hatte, wieder einzutreten und der Praxis hülfreiche Hand, zugleich aber auch die Möglichkeit ihrer rationellen Fortbildung zu gewähren. Sie soll jene Unklarheit und Unsicherheit, an der unsre neuen Institutionen kränkeln, durch Erforschung und Darlegung ihrer Elemente und durch die Prüfung der letzteren auf Grund der obersten Principien des Strafprocesses verbannen, sowie die Einheit und consequente Entwickelung der Institutionen vermitteln. Sie soll aber auch den Strafproceß vor der Gefahr der Verflachung und Versumpfung hüten, welche ihm aus der Einseitigkeit und Abgeschlossenheit des

Digitized by Google

Particularismus erwächst, und die hier um so verderblicher werden kann, als nicht einmal die Grundlage der Particulargesetze allenthalben auf einem klaren und wissenschaftlich geläuterten Verständnisse der adoptirten Institutionen beruht. Bei den deutschen Strafgesetzbüchern war ein günstigeres Verhältniß vorhanden. Da war der Boden, auf dem sie errichtet worden, in der Hauptsache wenigstens von der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts bearbeitet worden und daher bei aller Particularität ein Zurückgehen auf dieselbe als die gemeinsame Grundlage möglich. Aber bei unsern Strafprocessen ist dieß zur Zeit nicht möglich, weil die Wissenschaft in Deutschland sich zwar im Allgemeinen mit der Frage wegen Einführung des öffentlich-mündlichen Verfahrens, — nicht aber mit den einzelnen Elementen desselben und nicht mit specieller Berücksichtigung der Bedürfnisse der Praxis bei der Ein- und Durchführung desselben beschäftigt hatte. Wenn wir ehrlich seyn wollen, müssen wir zugeben, daß bei vielen, vielen Praktikern und auch bei verschiedenen Gerichten höherer und niederer Ordnung, welche das neue Verfahren zu handhaben berufen sind, noch kein rechtes Verständniß desselben vorhanden, und daß die Praktiker und Gerichte sich noch immer nicht von den Anschauungen trennen können, die, von ihnen auf der Universität erlangt und in der Praxis angewendet, ihnen (wie man zu sagen pflegt) zur anderen Natur geworden sind. Die Gefahr der Verflachung der Praxis ist daher hier viel bedeutender, als in ähnlichen Fällen. Es ist hohe Zeit, daß in unser Experimentiren das rechte, volle Licht der Erkenntniß fällt, und daß wir uns über die Principien des neuen Verfahrens klar werden, damit wir nicht, wie oft geschieht, in Nebenpunkten und bloßen Aeußerlichkeiten den Kern der Sache finden, und Bestimmungen des französischen Rechts, welche nur durch die französische Gerichtsverfassung bedingt und nur durch sie erklärlich sind, als die Träger der neuen Ordnung betrachten und bereitwillig adoptiren.

Wir haben daher das vorliegende Werk des Dr. Planck mit großer Freude begrüßt und mit vieler Erwartung studirt. Diese Erwartung ist auch vollständig in Erfüllung gegangen.

Der Verf. hebt sehr richtig hervor, daß die neuen Reformen durch die Particulargesetzgebung herbeigeführt und daher die Neugestaltung nicht gleichmäßig bewirkt worden, andererseits aber, in

Digitized by Google

Folge der Gleichheit der geschichtlichen und socialen Bedingungen, unter denen die Reform vorzunehmen, und der Macht der öffentlichen Meinung, welche gleichmäßig auf dieselben Vorbilder hinweise, zu erwarten gewesen, daß die Umgestaltung in wesentlichen Theilen gleichmäßig vor sich gegangen sey. Der Verf. hat sich nun das Ziel gesetzt, die, durch jene Gesetze neugeschaffnen Einrichtungen des Strafverfahrens wissenschaftlich (nicht statistisch) zu begreifen und zu begründen, die Grundgedanken der einzelnen Gesetzgebungen in den einzelnen Vorschriften zu erkennen und richtig abzugränzen, und die auf diesem Wege gewonnenen Resultate mit einander zu vergleichen. Der Verf. hat nun in der, hierauf gebauten Darstellung unternommen, in systematischer Reihenfolge bei den einzelnen Lehren das Wesen und die Einrichtungen des neueren deutschen Strafverfahrens in der Weise wiederzugeben, daß die allen Gesetzen gemeinsamen Gedanken zusammengefaßt, bei vorhandener Mannichfaltigkeit aber die verschiedenen Anschauungen, von denen die einzelnen Gesetzgeber ausgiengen, dargelegt sind. Bei den wichtigsten Punkten hat sich zugleich der Verf. bestrebt zu zeigen, zu welchen Folgesätzen die angenommene Grundansicht, mag sie nun allen Gesetzen oder nur mehreren gemeinsam seyn oder einem einzigen angehören, führen müsse.

Das Gemeinsame aus den verschiedenen Gesetzgebungen muß aufgesucht und als Sammelpunkt für die weiteren Forschungen benutzt, hiedurch aber die Verbindung der Praxis in den einzelnen Ländern mit der gemeinsamen Wissenschaft erhalten und die Befruchtung der ersteren durch die letztere erzielt, zugleich auch der Wissenschaft der Stoff zu ihren Arbeiten und ihr ein Schutz gegen eine den Erfordernissen und Bedürfnissen der Praxis sich entfremdende, und deßhalb der Wissenschaft selbst gefährliche Richtung gegeben werden. Wir haben schon anderwärts darauf hinzuweisen uns erlaubt, daß diese gegenseitige Durchdringung der Wissenschaft und der Praxis für beide von großem Vortheile seyn und auch der Legislation in den einzelnen Staaten die wichtigsten und ersprießlichsten Dienste leisten werde*).

Der Verf. hat in der Vorrede eine Uebersicht der wichtigsten Particulargesetze der Neuzeit im Strafverfahren und der ein-

*) Vergl. Schletters Jahrb. Bd. IV. S. 50.

Digitized by Google

schlagenden Commentare, geordnet nach den einzelnen Ländern, mitgetheilt, wobei wir nur bemerken, daß in Anhalt-Bernburg die Einführung der Jury-Verfassung noch nicht erfolgt ist *).

Das von dem Verf. aufgestellte System zerfällt in sieben Bücher (Abtheilungen), und zwar in folgende: I. Strafgerichtsverfassung (das Personal der Strafrechtspflege im Allgemeinen, — der Dienst der Gerichte hier namentlich d. Lehre v. Gerichtsstande.) II. Gegenstand des Strafverfahrens. III. Form des Strafverfahrens. IV. Der Gang des Strafverfahrens in erster Instanz (a. die Vorbereitung der Anklage. 1. Veranlassung der Thätigkeit der Staatsanwaltschaft. 2. Die polizeiliche Voruntersuchung. 3. Die gerichtliche Voruntersuchung. b. Das Hauptverfahren vor den erkennenden Strafgerichten höchster Ordnung. 1. Die Anklage. 2. Die Vorbereitung der öffentlich-mündlichen Verhandlung. 3. Der Termin zur öffentlich-mündlichen Verhandlung, wobei die Lehre von der Beweisaufnahme und das besondere Verfahren vor Geschwornen vorzugsweise behandelt wird, nebst einem Anhange über die Protokollführung und die besondern Abweichungen von dem regelmäßigen Gange des Hauptverfahrens c. Einfachere Formen des Hauptverfahrens. 1. Das Hauptverfahren vor den Strafgerichten mittler Ordnung und 2. unterster Ordnung. d. das Contumacialverfahren). V. Rechtsmittel (a. Rechtsmittel gegen Endurtheile. 1. Nichtigkeitsbeschwerde. 2. Berufung. b. Rechtsmittel im Laufe der Untersuchung. c. Rechtsmittel gegen Contumacialurtheile. d. Wiederaufnahme der Untersuchung (a. gegen Endurtheile. b. gegen Einstellungsbeschlüsse). VI. Vollstreckung. VII. Verbindungsformen. (a. Verbundene Untersuchung

*) Eine Berichtigung erfordert auch die Einreihung Bayerns (Vorrede p. XVII.) unter diejenigen Staaten, „in denen die Reform erst theilweise so durchgeführt ist, daß für schwerere Straffälle Schwurgerichte gelten, in leichteren dagegen noch das alte Untersuchungsverfahren herrscht.“ Auch für die leichteren (bezirksgerichtlichen) Fälle ist in Bayern an die Stelle des alten (geheimen schriftlichen) Verfahrens durch das Gesetz v. 10 Nov. 1848 Abth. IV. (Von dem Verfahren bei Abtheilung der zur Zuständigkeit der Kreis- und Stadtgerichte — jetzt Bezirksgerichte — gehörenden Verbrechen und Vergehen) ein dem französischen Correctional-Gerichtsproceß ähnliches öffentlich-mündliches Strafverfahren gesetzt worden. Die Red.

Digitized by Google

gegen denſ. Thäter, b. gegen Mehrere, c. Adhäſion des Beſchädigten, d. Proceßkoſten.)

Wir laſſen dahin geſtellt, ob dieſe Anordnung durchgängig eine befriedigende genannt werden kann, und ob nicht insbeſondere einzelne Partien, wie z. B. die Lehre von der Staatsanwaltſchaft, von dem Beweiſe, in einer, die Ueberſicht erſchwerenden Art zerſplittert worden ſind, ſo wie wir auch über einzelne Anſchauungen, wie z. B. über die Subſumtion der Wiederaufnahme unter die Rechtsmittel mit dem gelehrten Verf. nicht rechten wollen. Aber darüber haben wir keinen Zweifel, zu erklären, daß das vorliegende Werk eine Muſterarbeit genannt werden kann, welche wie ſie einerſeits für den Fleiß, die Sorgfalt und die ſcharfe Auffaſſung und Scheidung bei der Sammlung und Verarbeitung des Stoffs ein vollgiltiges Zeugniß ablegt, ſo andererſeits ſie durch die Klarheit und Präciſion der Darſtellung jeden Leſer für ſich gewinnen wird. Es iſt dem Verfaſſer gelungen, trotz der Mannichfaltigkeit der die einzelnen Materien betreffenden Vorſchriften in den neuen Proceßgeſetzen, meiſtens einige gemeinſame Punkte zu finden und feſtzuſtellen, um welche ſich dann die Abweichungen nur als untergeordnete Ausnahmen gruppiren. Der Verf. hat bei den meiſten wichtigeren Principfragen es verſtanden, unter Zugrundelegung der allgemeinen und oberſten Grundſätze und unter Bezugnahme auf die franzöſiſche Geſetzgebung die verſchiedenen Syſteme auf gewiſſe Formeln und Hauptſätze zurückzuführen und hieran die Conſequenzen anzuſchließen, welche aus ihnen nothwendig ſich ergeben, ſey es daß ſie in dem betreffenden Einzelgeſetze ausdrücklich verlautbart worden ſind oder nicht oder wohl auch verkannt worden ſind. Insbeſondere hat der Verf. die großen Schwierigkeiten, welche aus der Verſchiedenheit der Gerichtsorganiſation und der hierauf beruhenden Verſchiedenheit des Inſtanzenzuges, ſowie aus der Verſchiedenheit, welche in der Mittheilung, bez. dem Ausſchluſſe der Jury liegt, reſultiren, glücklich zu überwinden gewußt, und auch hier eine klare Ueberſicht geliefert. Bei einzelnen Materien verſchwinden und verſchwimmen freilich die aufgeſuchten Hauptſätze unter den vielen Abweichungen und Ausnahmen, ſo daß das Ganze immerhin noch als ein willkürliches und regelloſes Aggregat von Einzelvorſchriften ſich darſtellt. Wir nehmen hier z. B. nur auf die Lehre von den Gerichtsſtänden Bezug. Dieſe ganze Lehre, weſentlich bei einer Mehrheit von

Digitized by Google

conneren Verbrechen oder Verbrechern durch das Princip der Mündlichkeit influirt und erschwert, wird allerdings immer mehr oder weniger von bloßen Zweckmäßigkeitsrücksichten, von der allgemeinen Gerichtsorganisation, finanziellen Anforderungen u. s. w. abhängig seyn*). Die Aufstellung der allgemeinen Sache ist mit großem Scharfsinn und dankenswerther Präcision erfolgt und führt meistens die einzelnen, an sich ziemlich verbindungslosen Bestimmungen auf feste Principien zurück, aus denen dann die Consequenzen mit Leichtigkeit sich entwickeln.

Wir gestatten uns nur im Einzelnen noch folgende Bemerkungen:

Der Verf. bemerkt über den Charakter der deutschen Jury, daß in den Kreis der eigentlich richterlichen Function des Urtheilfindens seit Verdrängung der altdeutschen formellen Beweistheorie die Ermittelung der Thatfrage aufgenommen und dieser Theil nun den Geschworenen übertragen worden sey. Man bezeichne daher letztere vollkommen richtig als Richter der That, und ihre Aussprüche hätten insoweit die rechtliche Natur wirklicher Urtheile. Man kann mit diesen Sätzen sich wohl einverstanden erklären, nicht aber mit ihnen den folgenden Hauptsatz: „Die Geschworenen vertreten die urtheilende Gemeinde," vereinigen, indem die Uebertragung jenes Antheils an dem richterlichen Amte wenigstens nicht in Deutschland, wenn man nicht auf die politischen Motive der Einführung der Jury zurückgehen will, aus einer Gemeindeverpflichtung ableiten kann. Die deutsche Jury ist weder eine Wiederbelebung des alten Gemeindezeugnisses, noch ein aus der politischen Gemeinde als solcher gebildetes Organ der Gerichtsherrlichkeit, — sie hat überhaupt keinen geschichtlichen Boden, aus dem sie naturwüchsig entsprossen, und findet ihre Rechtfertigung vielmehr nur in der angeblich geringeren Befähigung oder Unabhängigkeit der Staatsrichter zur Lösung der Schuldfrage, sey es vom rein praktischen Standpunkte des Indicienbeweises, sey es

*) Es möge uns hiebei gestattet seyn zu bemerken, daß das in der k. sächs. Strafproceßordnung aufgenommene, auch von dem Verf. empfohlene System des Wahlrechts der Staatsanwaltschaft bei conneren Verbrechen ꝛc. in praxi sich vollständig bewährt hat, überhaupt aber Competenzdifferenzen zur Entscheidung des obersten Gerichtshofs in Dresden etwa 15 im vorigen Jahre gelangt sind.

Digitized by Google

von dem rein menschlichen Standpunkte der Frage über die Zurechnung einer Handlung zur juristischen Schuld. Interessant ist hiernächst die Feststellung des Charakters der in dem Gesetze aufgeführten Ausschließungsgründe von dem Geschworenen-Amte, und die Behandlung der Frage, ob die Mitwirkung eines Geschworenen, welcher, des gesetzlichen Unzulässigkeitsgrundes ungeachtet, in die Dienstliste aufgenommen worden, Nichtigkeit des Verfahrens erzeuge? Der Verf. spricht sich dahin aus, daß die allgemeinen Unzulässigkeitsgründe nur die Schranken der Instruction seyen, welche der Verwaltungsthätigkeit der Auswahlbehörden gesetzt worden, deren Ueberschreitung das Geschehene nicht ungültig, so wenig, wie die Anstellung eines gesetzlich unfähigen Richters durch die zuständige Behörde, sondern die Ueberschreitenden verantwortlich mache. Diese Analogie paßt, nach unserm Ermessen, nicht, und die Consequenz jener Ansicht führt zu einer Umgehung des Gesetzes und zu Willkürlichkeiten und Nachlässigkeiten bei Aufstellung der Listen. Hieraus folgt zugleich die Unrichtigkeit der Ansicht, daß die definitive Feststellung der Urliste ein abgeschlossener Act der Justizverwaltung sey, welcher einerseits alle nicht aufgenommenen, wenngleich gesetzlich fähigen ausschließe, andererseits allen aufgenommenen den staatsrechtlichen Charakter von Geschworenencandidaten aufdrücke; — die Aufnahme in die Liste entscheide, nicht ob der Einzelne aufgenommen werden solle.

In Bezug auf die Staatsanwaltschaft unterscheidet der Verf. die französische und die deutsche Auffassung. Die deutsche Staatsanwaltschaft solle die, den Staat in seinen Strafrechten gegen den angeblichen Verbrecher bei den Gerichten vertretende Partei seyn; sie sey der öffentliche Ankläger. Gleichwohl habe man von der französischen Legislation Attribute herübergenommen, die über den Wirkungskreis eines öffentlichen Anklägers hinausgingen. Die Staatsanwaltschaft habe die Rechte des Angeklagten nicht wahrzunehmen und ihn nicht zu vertreten, wenngleich sie die Anklage nur so lange und so weit, als sie von der Gerechtigkeit derselben überzeugt sey, vertreten und daher auch über die etwaigen Einreden des Angeklagten sich Klarheit verschaffen werde. Der Verf. vindicirt daher der Staatsanwaltschaft den Gebrauch der Rechtsmittel nur im Interesse der Anklage. Diese Fragen sind neuerlich sehr lebhaft und eingehend von den Herren von Buttel in Oldenburg, v. Groß in Eisenach und von

Digitized by Google

Tippelskirch in Stettin in Demme's Allg. Schwurgerichts-Zeitung discutirt worden. Man kann zugeben, daß die Auffassung des Verf., welcher auch v. Buttel und v. Tippelskirch sich nähern, principiell richtig ist. Allein sie hat praktische Nachtheile und ist nicht consequent durchzuführen. Die Consequenz würde zu einer gleichmäßigen Vertretung des Angeklagten durch einen besondern Vertheidiger führen, und der praktische Nachtheil darin bestehen, daß jenes odium, mit welchem instinctmäßig das Volk einen sogenannten öffentlichen Ankläger betrachtet, auf die Staatsanwaltschaft übertragen und überhaupt diese Stellung für einzelne Beamte der Staatsanwaltschaft, ohne daß irgendwelche Ueberwachung ꝛc. eine Abhülfe gewähren könnte, die Veranlassung werden würde, in einseitiger Parteistellung die Anklage durchzuführen und dadurch die Interessen des Angeklagten zu gefährden. Es ist menschlich, daß die Partei, eben weil sie Partei ist, auch parteiisch auftritt und alles das, was ihren Anträgen entgegensteht, völlig ignorirt. Das mag im Civilprocesse gehen, wird aber da, wo man einen Beamten des Staats zur Partei stempeln will, ohne Benachtheiligung des Gegners nicht möglich seyn. Im K. Sachsen hat sich die Praxis entschieden dahin entwickelt, daß die Staatsanwälte über die gesammten Ergebnisse des Beweises sich in ihren Anträgen verbreiten und da, wo sie die Anklage durch die Entlastungsmomente widerlegt oder geschwächt erachten, solches offen aussprechen, ohne daß man deßhalb sagen könnte, daß ihre Vorträge zu Referaten an das Gericht herabsänken. Diese Entwicklung hat durchgängig einen so entschieden günstigen Eindruck hervorgebracht, daß sie durch die allgemeine Stimme sanctionirt worden.

Eine vortreffliche Ausführung erhalten wir S. 49 fg. über die Stellung und Aufgabe der Vertheidiger. Die den Polizeibehörden S. 58 fg. von dem Verf. beigelegten Attribute bleiben weit hinter denjenigen zurück, welche ihnen Gesetzgebung und Praxis in den einzelnen Staaten Deutschlands eingeräumt haben. Eine recht gute Betrachtung finden wir S. 124 fg. über die exceptio rei in judicium deductae als das Befugniß des Angeschuldigten zu verlangen, daß er wegen derselben Anschuldigung in eine neue Untersuchung nicht verwickelt werde, bis feststehe, daß die erstere einmal begonnene nicht dieselben Dienste leisten, nämlich zu einem Enderkenntnisse in der Sache selbst führen werde, — so wie S. 131 fg. über die exceptio rei judicatae (ne bis in

Digitized by Google

idem). Nicht genau ist es, wenn der Verfasser hierbei keinen Unterschied zwischen dem acquittement und der absolution des französischen Rechts, sowie zwischen der Klag- und Straffreisprechung statuirt. Es ist dieß auch in den einschlagenden Gesetzen anerkannt, und entspricht ebenso der Natur der Sache als dem gemeinen Processe, in welchem bezüglich der hier vorliegenden Frage gleichfalls der Unterschied, ob die Freisprechung aus Mangel an Beweis oder aus Rechtsgründen erfolgt war, festgehalten wurde.

In §. 4 vermissen wir die Fälle der in einzelnen Legislationen nachgelassenen Ablehnung eines ganzen Gerichts, — in §. 5 die Angabe der Legislationen, welche weder eine Unfähigkeitserklärung, noch Ablehnung des Gerichtsschreibers gestatten.

Einer wichtigen Erörterung begegnen wir S. 148 fg. über das Anklage- und das Untersuchungs-Princip. Der Verf. geht davon aus, wie das Strafverfahren nach einer doppelten Grundansicht organisirt werden könne. Nach der einen Auffassung werde dem Strafgerichte der Stoff *vorgelegt*, es nehme an dessen Sammlung keinen thätigen Antheil, es beschränke sich auf die Beurtheilung des vorgelegten Stoffs, auf die Entscheidung des Streits zwischen denjenigen Personen, welche bei der Erforschung betheiligt seyen. Nach der zweiten Auffassung sammle es den zur Erkenntniß jenes Rechts tauglichen Stoff sich selbst. Die erste Auffassung fordere nothwendig das Auftreten andrer Personen, welche die Entscheidung des Gerichts über den von ihnen vorgelegten Stoff anrufen, und da sie ein entgegengesetztes Interesse verfolgen, als streitende Theile, als Parteien sich darstellen. Bei der zweiten Auffassung dagegen sey das Auftreten andrer Personen etwas Zufälliges, welches nur als Unterstützung der gerichtlichen Thätigkeit in Betracht kommen könne; Parteien kenne sie nicht; auch der des Verbrechens Beschuldigte sey nur Object der richterlichen Thätigkeit; — jenes ein *Rechtsstreit*, — dieses eine *Untersuchung*. Die letztere Proceßform soll nun — nach der Ansicht des Verf. — einer rechtswissenschaftlichen Durchbildung widerstreben, weil sie nur *Zweckmäßigkeitsgründe* anerkenne, und sie gestatte nur eine Anleitung, welche die gewonnenen Erfahrungssätze zusammenstelle. Allerdings sammle sie den Stoff unparteiisch, sowohl im Interesse der Schuld als der Unschuld des Bezichtigten; allein sie habe gegen die Befangenheit des etwa voreingenommenen

Digitized by Google

Untersuchungsgerichts in sich keine Schutzwehr, und sie könne dieser Befangenheit nur unvollkommen durch die ihrem eigentlichen Wesen widersprechende Einrichtung vorbeugen, daß für beide Geschäfte verschiedene Gerichtspersonen verwendet würden. Es sey daher ein Irrthum zu behaupten, daß nur das Untersuchungsprincip die materielle Wahrheit ans Licht fördere, und daß die von der neuern Wissenschaft erkannte Natur des Verbrechens das Untersuchungsprincip fordere.

Allein wenn schon der Verfasser hierin nur die äußerste Form des Princips findet, so kann sie doch eben als principiell richtig nicht zugestanden werden.

Die auch von dem Verf. als nöthig erkannte Ausschließung der Willkür der Privatpersonen bei der Stoffsammlung wird durch das Institut der Staats- und Rechtsanwaltschaft nicht völlig erreicht, indem zwar die Staatsanwaltschaft (wennschon nicht vollständig nach der Ansicht des Verf.) als eine Magistratur nicht ohne weiteres mit einer Privatperson gleichgestellt werden kann, doch immerhin bei ihr und bei der Vertheidigung in noch höherem Grade Parteieinseitigkeit sich leicht einstellt und die englische Jurisprudenz, trotz der Ueberwachung der Beweisaufnahme durch den vorsitzenden Richter, an Belegen für diese Richtung der Beweisaufnahme — auch in den Fällen, in denen von der Regierung berufne Sachwalter die Anklage vertreten — reich ist. Bei einer Stoffsammlung durch die Partei kann ebensowohl Nachlässigkeit als Parteilichkeit wesentlich und doch unerkennbar, wenigstens unheilbar auf die Vorlegung des Stoffs einwirken. Allerdings kann die Stoffsammlung durch das Gericht bei Befangenheit desselben auch eine einseitige und dadurch unrichtige werden. Allein sie ist immer weniger gefährlich, einmal weil sie von einem an sich parteilosen Beamten ausgeht, und dann, weil die Thätigkeit des Gerichts schon an sich in der ganzen Weise seiner Stoffsammlung, durch welche es verschiedene Beamten in Bewegung setzt und auch mit den Zeugen ꝛc. nicht in so unmittelbare Verbindung und Beziehung treten kann, jener Einseitigkeit mehr entzogen ist als die eines Privatmannes. Ebenso ist bei aller Präponderanz des Zweckmäßigen in dem Untersuchungsprocesse nicht der Zweck der Freibrief für jedes unrechte Mittel, und sind sowohl die schrankenlose Willkür des Inquirenten, als die Formlosigkeit des Verfahrens in dem zeitherigen deutschen

Digitized by Google

Untersuchungsprocesse Ausartungen des letztern, aber keine nothwendigen Consequenzen des Untersuchungsprincips. Die Garantien gegen jene Willkür und die Vermehrung schützender Formen in dem neuen Verfahren sind weder Negationen, noch selbst Modificationen des Untersuchungsprincips, und es ist daher auch, was der Verf. bestreitet, die auf dasselbe gebaute Proceßform mit einer strengen, durch das Gesetz im voraus festgestellten Anordnung möglich, wie die meisten unsrer Strafproceßordnungen beweisen. Ebenso kann die Scheidung der richterlichen Thätigkeit in der Stoffsammlung und die Aburtheilung und die Uebertragung dieser Functionen an verschiedene Richter als eine dem eigentlichen Wesen dieser Proceßform widerstrebende Einrichtung nicht angesehen werden. Ueberhaupt ist die Scheidung des Anklageprincips und des Untersuchungsprocesses in der von dem Verfasser vorgetragenen Weise wohl kaum durchführbar, wie denn der Verf. z. B. S. 193 die Ansicht vorträgt, daß das Erforderniß der Actenmäßigkeit, d. h. daß die Forderung an das Gericht, seinem Urtheil nur das thatsächliche Material zum Grunde zu legen, welches zuvor Gegenstand der Verhandlung gewesen, ein Ausfluß des Anklageprincips, dem Untersuchungsprocesse aber unbekannt sey, vielmehr letzterer nur aus Zweckmäßigkeitsgründen anstatt dieses Erfordernisses die schriftliche Aufzeichnung des gesammelten Stoffes verlangen könne, zu dem Zwecke einer spätern Controle des Urtheilsspruchs.

Der Verf. hat seine Sätze weiter entwickelt und die vermittelnden Formen beider Proceßarten beleuchtet. Diese Durchführung ist, abgesehen von unsern obigen principiellen Bedenken und festhaltend an den von dem Verf. aufgestellten Hauptsätzen, in Bezug auf Sicherheit und Klarheit der Darstellung eine vorzügliche Arbeit zu nennen. Sie enthält die Festsetzung des Maßes der Thätigkeit, welche den Parteien einerseits und dem Gerichte andererseits in der durch die deutsche Strafproceßgesetzgebung vermittelten Proceßform — dem Untersuchungsprincip mit der, wenngleich beschränkten Mitwirkung der Parteien bei der Stoffsammlung — zufällt. Wie schon bemerkt, dehnt der Verf. den Unterschied der beiden Principe auch auf die richterliche Feststellung der Thatfrage aus, und er vindicirt daher z. B. die gesetzliche Beweistheorie dem Anklageprocesse, während er sie für völlig unvereinbar mit dem Untersuchungsprocesse erachtet. Auch hierin können wir dem Verfasser

Digitized by Google

nicht beitreten, behaupten vielmehr, daß der Grundgedanke der richterlichen Thätigkeit für Feststellung der Thatsachen bei beiden Proceßarten derselbe ist, und der Unterschied nur die Stoffsammlung berührt. Bei beiden wird die Herstellung materieller Wahrheit angestrebt, aber darüber herrscht Streit, auf welchem Wege dieses Ziel sichrer erreicht werde. Die Anhänger der gesetzlichen Beweistheorie sehen in der völligen Emancipation der Richter bei der Mannichfaltigkeit des Lebens und der Eigenthümlichkeit der einzelnen Fälle eine Gefährdung des Ziels und verlangen daher, daß die in den gesetzlichen Beweisregeln sich verkörpernde Erfahrung mahnend und belehrend dem Richter zur Seite trete — die Gegner der Beweistheorie finden in dieser Mannichfaltigkeit und Eigenthümlichkeit die Unmöglichkeit einer, sie gleichmäßig umfassenden und im voraus regelnden Beweisvorschrift. Die Frage nach dem Proceßprincip wird daher in keiner Weise berührt, und der Streit bewegt sich lediglich in den Gränzen der Möglichkeit und des Werths der Beweisregeln an sich.

Soviel die Darstellung der Voruntersuchung anlangt, so wollen wir uns auf eine Erinnerung beschränken, um nicht die gegenwärtige Anzeige zu weit auszudehnen. Sie betrifft die S. 234 vorgetragene Ansicht, daß der Beichtiger von der Pflicht der Geheimhaltung des in der Beichte Anvertrauten durch das Beichtkind entbunden werden könne. Diese Ansicht wird durch die Satzungen und den Gebrauch in der katholischen Kirche bestimmt widerlegt, und ist auch schwerlich bezüglich der evangelischen Kirche als richtig zuzugestehen. Den unbedingten Ausschluß des Beichtigers als Zeugen über das ihm in der Beichte Offenbarte anerkennt z. B. auch die k. sächs. Straf.-P.-O. Art. 213.

Die rechtliche Natur des gerichtlichen Beschlusses über die Voruntersuchung stellt der Verf. richtig dahin fest, daß er kein Urtheil, sondern eine an eine vorausgehende Begutachtung (des Staatsanwalts) geknüpfte proceßleitende Verfügung, mithin ein Ausfluß nicht der eigentlich richterlichen Thätigkeit, sondern der dem Gerichte mitübertragenen Untersuchungsgewalt sey, daß jedoch dem Beschlusse häufig aus Zweckmäßigkeitsgründen nach gewissen Seiten hin die Bedeutung eines Urtheils beigelegt werde (nämlich in Bezug auf etwaige Wiederaufnahme einer eingestellten Voruntersuchung und in Bezug auf die durch den Fortstellungsbeschluß be-

Digitized by Google

stimmte Competenz des für die Hauptsache berufenen Gerichts). Zu weit geht der Verf. aber wieder, wenn er in dem Anklageprocesse jede Abänderung der (auf den Fortstellungsbeschluß gebauten) Anklage für unzulässig erklärt. Die Abänderung ist auch hier insoweit erlaubt, als es sich bei ihr immer noch um dieselbe That handelt und bei der Abänderung, gleichviel ob sie die factischen Nebenumstände der That oder die rechtliche Beurtheilung derselben betrifft, die Interessen der Vertheidigung nicht gefährdet werden. Denn das Princip des Anklageprocesses kann eine Abänderung eben nur soweit ausschließen, als durch sie Parteirechte verletzt werden würden. Der Untersuchungsproceß kennt allerdings bei der absoluten Pflicht des Gerichts zur Wahrheitserforschung eine gleich strenge Beurtheilung der Abänderung nicht, hat aber doch jene Sätze in Rücksicht auf die Möglichkeit in der Gefährdung der nicht vorbereitenden formellen Vertheidigung wie der Anklage selbst gleichfalls adoptirt. Es wird aber im Anklageprocesse die Aenderung der Anklage lediglich von dem Befinden des Anklägers abhängen, dergestalt, daß das Gericht, ohne solchen Antrag, über die vorliegende Anklage in ihrer ursprünglichen Gestaltung und nach gestelltem Antrage, zunächst über die Zulässigkeit der Abänderung zu entscheiden hat, während im Untersuchungsprocesse darüber, ob Grund zu einer Abänderung vorhanden und diese in den Kreis der richterlichen Entscheidung zu ziehen, oder die Sache in die Voruntersuchung (beziehentlich nach Erledigung der formell noch nicht beseitigten zeitherigen Anklage) zurückzuweisen sey, das Gericht selbständig, nach Gehör beider Theile, zu cognosciren berufen und verpflichtet ist. Wir bemerken noch, daß die Aenderung der rechtlichen Subsumtion derselben Thatsachen nicht stets ohne Gefahr für die Anklage und die Vertheidigung ist, wie der Herr Verf. S. 322 anzunehmen scheint, indem diese Aenderung leicht die Nothwendigkeit oder Räthlichkeit einer anderen Behandlung der Sache auch in ihrer factischen Gestaltung, beziehentlich die Anführung und Nachweisung anderer, zeither aber nicht erheblich erachteter Thatsachen mit sich bringen kann.

Auch in Bezug auf das Capitel: „Die Vorbereitung der Hauptverhandlung" müssen wir uns auf Weniges beschränken. Die Unterlassung der (rechtzeitigen) Mittheilungen der Zeugenliste ꝛc. kann (strenggenommen) nicht eine Nichtigkeit des späteren Ver-

Digitized by Google

fahrens nach sich ziehen, weil in dem vorbehaltlosen Erscheinen ꝛc. des Angeklagten ein Verzicht desselben ausgesprochen ist. Jene Unterlassungen können daher nur das Recht auf Vertagung der Verhandlung behufs der Nachholung dieser Formalien begründen. Es ist unrichtig, wenn bei der Darstellung S. 335 die k. sächs. Straf-P.-O. nicht als solche bezeichnet wird, nach welcher die Zeugen des Staatsanwalts von dem Gerichte unbedingt und ohne Recht der Ablehnung vorgeladen werden müssen.

Soviel die Hauptverhandlung anlangt, so sey es erlaubt, die Erfahrung, welche man bezüglich des Zeitpunkts der Zeugenvereidung in Sachsen gemacht hat, zu constatiren. Die nachfolgende Vereidung im mündlichen Verfahren ist principiell richtiger, dagegen auch in dem letzteren die nachfolgende praktisch räthlicher, indem oft erst nach erstatteter Aussage die Relevanz derselben und mit ihr die Nothwendigkeit, auch wohl die Eidesunfähigkeit und mit ihr die Unzulässigkeit der Vereidung sich herausstellt, der Eindruck der Vereidung aber, unter welchem der Zeuge im mündlichen Verfahren sofort mit dem ersten Worte der Aussage sich befinden soll, durch eine ernstliche, so oft rathsam, auch während der Befragung zu wiederholende Admonition, und die Vorlesung der Aussagen durch eine, überdieß bei weniger umfänglichen Aussagen nicht nöthige Zusammenfassung und Vorhaltung der Hauptpunkte ersetzt wird. Die Praxis in Sachsen neigt sich immer mehr zu der nachfolgenden Vereidung, ohne daß bisher irgend welche Nachtheile derselben zu erkennen gewesen. Es kann zugegeben werden, daß da, wo Geschworne richten und ihnen allein principiell die Entscheidung über Glaubwürdigkeit des Zeugen und Relevanz seiner Aussagen zusteht, eine derartige Cognition der Richter immer etwas Bedenkliches haben wird, mithin die Vereidung überhaupt bei eidesfähigen Zeugen nicht wohl entbehrt werden kann und die nachfolgende Vereidung die obigen Vortheile nicht darbietet, wenngleich sie auch in Ländern des Geschworenengerichts, z. B. in Preußen, häufig angewendet wird.

In denjenigen Legislationen, welche bei dem Geständnisse in der Hauptverhandlung die Mitwirkung der Jury ausschließen, gehört auch Anhalt-Dessau-Köthen (vgl. §. 91 des Nachtraggesetzes zu der P.-O. von Thüringen).

Digitized by Google

Einer interessanten Ausführung begegnen wir in § 137 flg. über die Fragestellung an die Geschwornen, insbesondere über die Auflösung der Thatfrage in ihre Bestandtheile. Der Verf. unterscheidet hier drei verschiedene Systeme in den deutschen Gesetzgebungen. 1) In der an die Geschwornen zu richtenden Frage hat das Gericht zwar den Begriff des angeschuldigten Verbrechens aufzulösen, aber nur in seine gesetzlichen Merkmale. Den Geschwornen bleibt es überlassen zu prüfen, welche auf die angeklagte That bezüglichen, in der Hauptverhandlung vorgeführten Thatsachen sie als bewiesen ansehen wollen, ferner daraus diejenigen auszuwählen, die sie zur Vergleichung mit den gesetzlichen Merkmalen für tauglich erachten, und endlich zu prüfen, ob den gesetzlichen Merkmalen dadurch genügt sey oder nicht (Braunschweig). 2) Nach der Mehrzahl der deutschen Gesetze soll die Frage in der Weise gestellt werden, daß das darin behauptete Verbrechen in die einzelnen behaupteten wesentlichen Merkmale des vorgelegten Falls aufgelöst wird. Den Geschwornen fällt daher hier das Geschäft zu: festzustellen, ob die behaupteten Thatsachen des vorliegenden Falls bewiesen sind, sodann, ob sie den vom Gerichte angedeuteten gesetzlichen Merkmalen entsprechen. Die vom Gerichte getroffene Auswahl der anscheinend erheblichen Thatsachen, welche den gesetzlichen Merkmalen gegenübergestellt sind, bindet die Geschwornen nicht; sie können die gesetzlichen Merkmale auch in andern Thatsachen, die sie durch die Verhandlung als festgestellt ansehen, wiederfinden, als in denen die das Gericht herausgehoben hatte. Als fehlerhaft müsse dagegen nach dem Systeme dieser Gesetze eine Fragstellung bezeichnet werden, welche sich darauf beschränke, die behaupteten Thatsachen des vorliegenden Falls in sich aufzunehmen, ohne ihrer Beziehung zu dem Strafgesetze, zu den gesetzlichen Thatsachen, zu gedenken. (Allein in der Praxis begegnet man nicht selten dieser Fragstellung, so wie einer sehr ausgeprägten Hinneigung zu dem dritten Systeme, durch welches die Geschwornen von der Vergleichung der gesetzlichen Merkmale oder der gesetzlich erforderlichen Thatsachen mit den behaupteten Thatsachen des vorliegenden Falles, den Beweisergebnissen, ausgeschlossen und sie auf die Beurtheilung der Frage, ob die von dem Gerichte aufgestellten thatsächlichen Bestandtheile der Anklage bewiesen seyen, beschränkt werden. Die Fragstellung ent-

Digitized by Google

behrt häufig jeder Bezugnahme auf den technischen Begriff des Verbrechens und stellt sich als eine Zusammenfassung von einzelnen thatsächlichen Behauptungen des Anklägers, deren juristische Bedeutung in keiner Weise näher ausgedrückt ist, dar.) 3) Das Gericht hat aus der Anklage und den Verhandlungen die Thatsachen, die ihm erheblich scheinen, auszuwählen und deren Wahrheit oder Unwahrheit durch die Geschwornen feststellen zu lassen. Der Verf. bemerkt hierbei, daß dieses dritte System (Hessen-Cassel) bei einer strengen folgerichtigen Durchführung auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen müsse, und die Praxis bestätigt täglich diese Befürchtung. An diese Systematisirung schließen sich treffliche Erörterungen über die Auflösung des allgemeinen Thatbestands in der Frage, so wie über den Stoff der Fragestellung an.

Die Systematisirung der in den einzelnen Proceßordnungen bei der Lehre von den Rechtsmitteln vorkommenden Bestimmungen war selbstverständlich mit großen Schwierigkeiten verbunden, und hat auch nicht durchgängig die klare Uebersicht gewährt, welche wir in den übrigen Capiteln finden. Gerade hier zeigt sich noch eine so tiefgreifende Verschiedenheit, daß nur wenige allgemeine Regeln durchgängig anerkannt werden. Wir können uns hier auch nicht allenthalben mit den Sätzen des Herrn Verfassers einverstanden erklären. Ebenso haben wir einige geringe Uebersehen, welche bei jener Verschiedenartigkeit nicht auffällig sind, bemerkt und wollen hiervon nur einige, auf die Sächs. Straf-P.-O. bezügliche anführen. Der Verf. stellt den richtigen Satz auf, daß, wenn die Partei ihre Beschwerden ausdrücklich nur in der im angefochtenen Endurtheil vorgenommenen Behandlung der Rechts- oder Thatfrage findet, und die Rechtsbeständigkeit des vorausgegangenen Verfahrens unangefochten läßt, der Oberrichter regelmäßig nicht befugt sey, in eine Untersuchung der letzteren sich einzulassen. Der Verf. meint aber, daß dieser Satz in den Gesetzen selbst nirgends ausdrücklich anerkannt sey. Allein die K. Sächs. Straf-P.-O., welche überhaupt dem Verzichte der Parteien eine ausgedehnte Heilkraft gewährt, hat diesen Satz in Art. 246 Abs. 1 (Art 351 Abs. 2) ausdrücklich anerkannt, und er hat sich auch in praxi völlig bewährt. Weiter ist dasjenige, was S. 554 über die Substantiirung der N. B. vorgetragen wird, bezüglich der Sächs. Straf-P.-O. nicht genau. Dasselbe gilt von der S. 571 befind-

Digitized by Google

lichen Bemerkung über die Substantiirung der Berufung (Art. 88 Abs. 2). Endlich bedauern wir, daß der geehrte Verf. die Entwickelung unserer Lehre in der preußischen Spruchpraxis nach den reichen und außerordentlich belehrenden Mittheilungen in Goltdammers Archiv nicht mehr, als geschehen, berücksichtigt hat.

Bei der Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Formfehler stellt der Verf. den richtigen Satz auf, daß die Frage wegen der Wesentlichkeit in jedem einzelnen Falle nach dem Einflusse und der Bedeutung, welche der nichtige Thatbestand für das Zustandekommen des bestimmten Endurtheils hatte, zu beantworten sey. Auch bei den, an sich die materiellen Bestandtheile des Erkenntnisses nicht berührenden, aber das Wesen jedes strafgerichtlichen Verfahrens schützenden Formen läßt sich zuletzt geltend machen, daß der Fehler das ganze Verfahren durchziehe und berühre, somit auch das Erkenntniß selbst. Es ist bekannt, daß man die Antwort darauf, ob der Fehler einen Einfluß der erwähnten Art geäußert habe, meistens positiv gefaßt und dabei durch die Worte „wahrscheinlich" oder „möglich" die Schwierigkeit des Beweises bezüglich eines derartigen Beweises zu mildern versucht hat. Die, auf gesetzliche Feststellung dieses Satzes bezüglichen und von Haager zu Constanz im Mag. für die badische Rechtspflege mitgetheilten Verhandlungen in den badischen Ständekammern sind hierbei sehr lehrreich. Der Verf. des vorliegenden Werks faßt die Regel negativ. Er sagt: die Untersuchung des einzelnen Falls darf nicht ergeben, daß der nichtige Thatbestand (die Formverletzung) ohne allen Einfluß auf das Endurtheil gewesen sey. Erst hierdurch wird die abstract wesentliche Rechtsregel zu einer für den concreten Fall wesentlichen, und nur auf der Verletzung einer solchen ruht ja die Nichtigkeitsbeschwerde.

In Bezug auf die Appellationsinstanz spricht sich der Verf. S. 567 dahin aus, daß alle Systeme, welche eine Anfechtung der Thatfrage zulassen, ohne zugleich eine vollständige Wiederholung der Beweisverhandlungen vor dem Obergerichte zu befehlen, in unauflöslichen Widerspruch mit dem Grundsatze der Mündlichkeit treten und in Folge dessen eine Abänderung des früheren Erkenntnisses auf unzuverlässigen oder mindestens unvollständigen Grundlagen gestatten. Es sey unmöglich, dem Obergerichte denselben Stoff zur Beurtheilung vorzulegen, welcher das Untergericht

Digitized by Google

zu seinem Urtheile bestimmte. Man könne daher wohl Beweisverhandlungen vor dem Obergerichte wiederholen, aber nicht dieselben. Man könne also zwar dem Obergerichte die Befugniß beilegen, seine Auffassung der Thatfrage an die Stelle der untergerichtlichen zu setzen, aber nicht als Ausfluß einer prüfenden oberrichterlichen Thätigkeit.

Bei den Rechtsmitteln gegen die Beschlüsse wegen Einstellung der (geschlossenen) Voruntersuchung oder Fortstellung zur Hauptverhandlung will der Verf. dem Oberrichter das Eingehen auf die Thatfrage auch dann, wenn nur die Rechtsfrage angefochten ist, gestatten, was wir auf den Fall, daß zur Entscheidung der letzteren ein Rückgehen auf den sonstigen Acteninhalt nöthig ist, beschränken würden, insoweit auch damit einverstanden, daß der Oberrichter nicht an die in dem Beschlusse des Unterrichters zusammengestellten Ermittelungen der Voruntersuchung gebunden ist. Denn das Hinderniß der Mündlichkeit, welches die gleiche Berechtigung des Oberrichters bei den Rechtsmitteln gegen die Enderkenntnisse ausschließt, steht hier nicht entgegen. Ebenso kann hier von einer reformatio in durius nicht die Rede seyn, wo noch keine Entscheidung ertheilt wird, welche den Parteirechten oder der künftigen Endentscheidung präjudiciren könnte.

In Bezug auf die Wiederaufnahme gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß und die Competenz des zur Entscheidung über den dießfallsigen Antrag berufenen Gerichts können wir nicht durchgängig dem gelehrten Herrn Verf. beitreten und möchten auf den Gedanken aufmerksam machen, welcher den einschlagenden Bestimmungen der K. Sächs. Straf-P.-O. unterliegt. Ein solcher Antrag ist nur zulässig, wenn die Thatsachen, auf welche er gestützt ist, in offenbaren und entschiedenen Widerspruch mit den Thatsachen treten, auf denen das rechtskräftige Erkenntniß beruht; also, wenn der Oberrichter im Falle der Berufung bei der Kenntniß dieser Thatsachen das gedachte Erkenntniß reformirt, beziehentlich nicht ertheilt haben würde. Bei der Berufung wie bei der Wiederaufnahme handelt es sich gleichmäßig um die Behauptung und Nachweisung dieses Widerspruchs, nur die processualen Voraussetzungen sind verschieden. Es können daher Thatsachen, welche zur Begründung einer Berufung benutzt werden konnten, aber, wenngleich dem Appellanten bekannt, nicht benutzt worden sind,

Digitized by Google

nicht nachträglich zur Grundlage eines Wiederaufnahmegesuchs gebraucht werden. Ebensowenig kann die Wiederaufnahme mit der Cassation verglichen werden, indem letztere einen bereits bei Ertheilung des Erkenntnisses vorhandenen und erkennbaren Widerspruch mit dem Gesetze enthält. Es liegt daher nahe, die Entscheidung über den Antrag auf Wiederaufnahme an das Berufungsgericht zu verweisen und zugleich das letztere zu ermächtigen, bei klarer Sachlage sofort in materialibus so weit zu erkennen, als es dieß im Falle einer, auf die gedachten Thatsachen gestützten Berufung zu thun befugt gewesen wäre. In Gemäßheit dieser Anschauung ist sodann auch die Frage zu beantworten, ob gegen die Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch ein Rechtsmittel nachzulassen sey.

Die von dem Verf. in Anm. 18 S. 624 aufgeworfene Frage beantwortet sich einfach durch eine Verweisung auf die einschlagenden Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über die Bestrafung concurrirender Verbrechen. In den Ausführungen S. 624 flg. wird eine Berücksichtigung der Vorschriften über Execution von Todesstrafen vermißt.

Bei der Verbindung mehrerer Untersuchungen gegen denselben Thäter sowohl als bei der Verweisung derselben an verschiedene Gerichte werden vorzugsweise die Bestimmungen des Straf-G.-B. über die Bestrafung concurrirender Verbrechen zu beachten seyn. Weder die Verbindung, noch die Trennung der Untersuchungen kann eine Aenderung in diesen Bestimmungen, weder zum Vortheile, noch zum Nachtheile des Angeklagten, nach sich ziehen. Die Verbindung wie die Trennung sind processuale, auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhende Verfügungen und daher ohne Einfluß auf die Größe des von dem Verbrecher verwirkten Strafübels.

Wir schließen diese Anzeige unter wiederholter Bezugnahme auf das oben ausgesprochene Gesammturtheil, und mit dem Wunsche, daß das Werk des Verfassers in der Legislation und in der Praxis allenthalben die wohlverdiente Anerkennung finden möge.

Im Juli 1858. Dr. Schwarze.

Digitized by Google

XVI.

Das Hausgesetz der Grafen von Giech.

Herausgeg. von v. Gerber.

Das Hausgesetz eines einzelnen Grafengeschlechtes, selbst wenn man in demselben nicht bloß die Anwendung bestehender Rechtsregeln auf bestimmte Rechtsverhältnisse, sondern den Ausdruck wirklicher Rechtsnormen erblickt, beherrscht doch jedenfalls nur einen verhältnißmäßig so kleinen Kreis von Personen und Sachen, daß es für die allgemeine deutsche Rechtsentwickelung kaum in Betracht zu kommen scheint. Doch ist das eben nur ein täuschender Schein. In einem solchen Hausgesetz wird sich immer mehr oder minder deutlich die Vorstellung abspiegeln, welche das betreffende Geschlecht von seiner Aufgabe und seiner gesammten Stellung sich macht, und diese sey welche sie wolle, jedenfalls ist die ganze Nation daran interessirt, wie jene aus der Geschichte uns überlieferten immer noch machtvollen Factoren unseres Staatslebens ihre Verhältnisse erfassen und ordnen. Weht uns aber aus einem solchen Gesetze ein Geist entgegen, in welchem wir ein richtiges Begreifen der heutigen Situation unsers hohen Adels nach unserer Ansicht erkennen, so wird die Theilnahme für dasselbe um so größer werden, je lebhafter Wunsch und Bedürfniß sind, das Stadium unbefriedigender Unsicherheit, in welchem die Verhältnisse des hohen Adels schon allzulange schweben, zu einem Abschluß gebracht zu sehen, der mit den Forderungen der Gegenwart, wie wir dieselben be-

Digitized by Google

greifen, im Einklang stehe. Das Giech'sche Hausgesetz entspricht aber nicht bloß diesen Erwartungen; es ist zugleich von solcher systematischen Vollständigkeit, eine so fein durchdachte, eine so charaktervoll durchgeführte Arbeit, daß es von allen politischen Interessen abgesehen als eine höchst bedeutsame wissenschaftliche Leistung begrüßt werden muß, die namentlich willkommene Gelegenheit bietet zur Prüfung der Realität des neuerdings angefochtenen Begriffes der Autonomie und eventuell zur Untersuchung der ihr gezogenen Schranken, die nur an einem concreten Falle fruchtbar zu führen ist.

Die augenblickliche Lage und die Aussichten des hohen deutschen Adels zu besprechen, ist hier nicht der Platz; daß er aber nicht ein rein genießender Stand seyn kann, sagt jedes gesunde, sittliche Gefühl; daß seine Aufgabe nur eine politische seyn kann, wird von Niemanden bezweifelt; eine weitere politische Wirksamkeit, als sie bisher von ihm geübt werden konnte oder wollte, wird ihm aber, nachdem einmal die Mediatisirten aus dem Kreise der Herrscher in den der Beherrschten übergetreten sind, nur unter der Voraussetzung möglich werden — das ist für uns wenigstens über jeden Widerspruch erhaben — daß er in die Masse der übrigen Staatsbürger sich einreiht, an die andern Genossen des gemeinsamen Staatswesens enger und inniger sich anschließt. Nur um diesen Preis wird er gegen besondere Pflichten besondere Rechte zu behaupten im Stande seyn. Das dermalige Haupt des Giech'schen Geschlechtes ist aus fernerer und näherer Vergangenheit in seinem öffentlichen Thun und Wirken zu bekannt, um nicht von vornherein jede Garantie für Befolgung jener Grundsätze zu gewähren. Ein Hausgesetz kann freilich nicht ein politisches Glaubensbekenntniß seyn; das aber leuchtet doch aus dem ganzen Inhalt des vorliegenden hervor, daß mit der Sicherung des Hausvermögens für alle künftigen Geschlechter nicht die Bereitung eines müßigen Genusses für die kommenden Familienhäupter gemeint ist; überall drückt sich die sittlich ernste Ansicht aus, das Geschlecht habe die ihm überkommene hervorragende Stellung als Beruf zu erfassen, um von erhöhtem Standpunkte aus, in äußerlich gesicherter Unabhängigkeit und größerer Freiheit, für das Gemeinwohl zu wirken. Die Erhaltung eines besondern gräflich Giech'schen Fonds, der unter Verwaltung des Spitalamtes Thurnau steht und kirchlichen,

Digitized by Google

Unterrichts- und Wohlthätigkeitszwecken gewidmet ist, wird eingeschärft und den Nachkommen gelegentliche Erweiterung desselben ans Herz gelegt (§. 106). Ganz allgemein wird allen Nachfolgern eine wirthschaftliche Benützung des Stammgutes auch um deßwillen anempfohlen, weil sie die Ehre ihres Standes und eine sittliche Verpflichtung darin zu erkennen haben, die ihnen von Gott verliehenen Mittel nicht allein zum eigenen Genuß zu verwenden, sondern auch Werke der Wohlthätigkeit und der Beförderung des allgemeinen Wohls zu üben (§. 116); nach Abgang aller successionsberechtigten Personen soll sich das gesammte Hausvermögen in eine Stiftung zu Zwecken des öffentlichen Nutzens verwandeln (§. 91). Daneben wird dem Geschlechte Pflege seiner historischen Reminiscenzen empfohlen; eine Reihe speciell bezeichneter Sachen, die mit der Geschichte des Geschlechtes innig verwachsen sind, dürfen nie freiwillig veräußert werden (§. 11), das Geschlechtsarchiv soll sorgfältig erhalten und fortgeführt, von dem Bestreben nicht abgelassen werden, die schriftlichen und anderen Zeichen und Denkmale des Lebens und Wirkens der Vorfahren zu erforschen, zu sammeln und zu erhalten (§. 115). Das frühere gute Recht des Hauses auf Landeshoheit, welches im J. 1796 bei dem Anfall von Ansbach und Bayreuth an Kurbrandenburg von letzterem gewaltsam unterdrückt wurde, wird in dem beigegebenen, auch sonst interessanten Abriß der Geschichte der Grafen und Herren von Giech mannhaft vertheidigt*) und die freiwillige Veräußerung der damit zusammenhängenden standesherrlichen Rechte schlechthin verboten (§. 11). Selbst in der Vorschrift, welche die Succession in das Stammgut von dem evangelischen Bekenntniß des Succedirenden abhängig macht (§. 86), und darin vielleicht am allerschärfsten spricht sich der Gedanke aus, daß das Geschlecht mit den schon bereiteten Mitteln einen bestimmten Beruf zu erfüllen habe. Der Standpunkt des Hausgesetzes, nicht bloß für diese specielle Frage, sondern ganz im Allgemeinen, ist in den Motiven auf das treffendste und klarste charakterisirt mit den Worten: es knüpfen sich in näherer Umgebung, so wie auch in weiteren Kreisen, an

*) Vergl. auch *Pernicis, quaestionum de jure publ. germ. particula II.* p. 24. — Zöpfl, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. S. 345 Note 13. — Pözl, Bayer. Verfassungsrecht. S. 195.

Digitized by Google

das Haupt der Giech'schen Familie, so wie an alle Träger dieses Namens Erinnerungen, Ansprüche und Erwartungen, die nicht unberücksichtigt bleiben können. Das ist eine Gesinnung, welche in einer hohen Stellung auch einen hohen Beruf erkennt. Daß nicht religiöse Engherzigkeit mit im Spiele ist, zeigt das Hausgesetz selbst, nach welchem nur das die ganze Familie repräsentirende Haupt der protestantischen Kirche angehören muß, um die kirchlich-politische Stellung des Hauses zu wahren, während die Rechte der andern Familienglieder, die nur ermahnt werden, dem Glauben ihrer Väter treu zu bleiben, von ihrem kirchlichen Bekenntniß durchaus unabhängig sind.

Lernten wir in dem Bisherigen eine Reihe von Bestimmungen kennen, welche in einem im besten Sinn aristokratischen Geiste die historisch gewordene Stellung des Hauses, in Rechten wie in Pflichten, festhalten, so verdienen nicht mindere Beachtung die Vorschriften, welche, von der Ueberzeugung ausgehend, daß es thöricht und vergeblich zugleich ist, gegenüber dem ruhelosen Wechsel der Zeiten in absoluter Unveränderlichkeit beharren zu wollen, darnach streben, die Kluft, welche immer noch den Adel von den übrigen Staatsangehörigen trennt, allmählich auszugleichen. Am bedeutsamsten in dieser Beziehung ist der §. 85, obgleich er der Hauptsache nach Neuerungen nur anbahnt, nicht vollzieht; er macht nämlich den Vorbehalt, es solle künftig nach Maßgabe der im weiteren Verlauf der Zeit sich ausbildenden Anschauungen und Gewohnheiten die Stellung der Nachgeborenen hinsichtlich ihrer adeligen Titel und Rechte hausgesetzlich festgestellt werden, und die Motive huldigen dabei ganz der von allen unbefangenen und tüchtigsten Stimmen vertheidigten Ansicht, daß die Ausdehnung des Adels auf das ganze Geschlecht ein Mißgeschick sey für den Adel selbst und die ganze Nation; jenen belastet sie mit den das Stammgut immer mehr bedrückenden und doch nicht genügenden Apanagen der Nachgeborenen und läßt so manchen guten Kopf und manches edle Herz aus seiner Mitte durch Berufslosigkeit verkümmern, und der ganze Volksbürger leidet unter der widernatürlichen socialen Trennung, welche den Adel thatsächlich fast vollständig von den andern Volksclassen scheidet. Warum das Hausgesetz trotz so klarer Erkenntniß des Richtigen nicht weiter geht und energisch schon jetzt bestimmt, was es von der Zukunft erwartet und wünscht? Der

Digitized by Google

Grund liegt nahe genug; der Einzelne kann hier nicht für sich allein vorschreiten, nur eine ernste Mahnung ist ihm möglich, und die hat der Urheber des Hausgesetzes in dem Vorbehalt desselben selbst niedergelegt und in den beherzigenswerthen Schlußworten der Motive, in welchen er erklärt, es der Zukunft überlassen zu müssen, ob Klugheit und Gemeinsinn den Adel in seinen corporativen Bestrebungen zu einem tieferen Einschlagen seiner Wurzeln in das Volksleben, zu einer größern Fundation auf Grundbesitz, und zu einer größeren Hingabe an das Allgemeine führen, worin ihm die Mittel zu seiner Erhaltung allein zu liegen scheinen. — Derselbe Geist maßvoller Besonnenheit und bereitwilligen Eingehens auf gerechtfertigte Neuerungen tritt uns in den Vorschriften der §§. 84 und 85 über die Ebenbürtigkeit entgegen. Die Erbfolge in das Stammgut ist, dem bisherigen Herkommen entsprechend, im Allgemeinen durch Abstammung aus recht- und standesmäßiger Ehe bedingt. Allein in Befolgung milderer Sitte werden die durch nachfolgende Ehe Legitimirten den ehelich Geborenen gleichgestellt, eine ohnehin nicht leicht zur Anwendung kommende Vorschrift, welche ohne Gefahr für die ganze Stellung des Hauses erlassen werden konnte, und darum gleich definitiv festgesetzt ist. Den Unebenbürtigen ist ferner wenigstens eventuell hinter allen Nachkommen aus standesmäßigen Ehen, immer jedoch noch vor dem Weiberstamm, ein Successionsrecht zugestanden, da auch dadurch das direct nur in dem Mannsstamm fortlebende Haus nicht beschädigt werden kann; wichtiger aber noch ist es, daß das Hausgesetz absichtlich eine principielle Feststellung des Begriffes der Standesmäßigkeit der Ehe unterläßt, weil er zu vielen Schwankungen unterliege, vielleicht in nicht ferner Zukunft in seiner jetzigen Bedeutung sich völlig auflöse. Annäherung des Adels an die andern Volksclassen, namentlich also auch die Zulässigkeit ehelicher Verbindungen mit denselben ist, so sahen wir eben, nach den Grundsätzen des erlauchten Urhebers des Hausgesetzes Forderung der Zeit und Bedingung der Erhaltung des Adels. Darnach dürfte er seinerseits der ausschließlichen Ebenbürtigkeit des Adels untereinander keine neue Stütze unterbreiten, und die Aufgabe, doch auch andererseits die Stellung des Geschlechtes nicht zu gefährden, konnte nicht trefflicher, nicht in besonnenerer und zugleich liberalerer Weise gelöst werden, als durch die Bestimmung: in jedem

Digitized by Google

einzelnen Falle, in welchem die Standesmäßigkeit der von einem männlichen Familiengliede beabsichtigten Ehe bezweifelt werde, solle die Frage durch drei volljährige, von dem betreffenden Familiengliede selbst gewählte, Häupter standesherrlicher Familien durch Mehrheitsbeschluß entschieden werden; williger kann man einem sich vorbereitenden Gewohnheitsrecht nicht entgegen kommen. Von selbst versteht es sich nach dem bereits Mitgetheilten, daß für die Cognaten, wenn sie zur Succession gelangen, Abstammung aus standesmäßiger Ehe hausgesetzlich nicht gefordert wird (§. 89 und 90 und Motive dazu), wie die angestrebte Annäherung an die übrigen Stände schließlich auch darin praktisch geworden ist, daß auch andere Personen als Standesgenossen Mitglieder der Vormundschaft und der Curatel der Geschlechtsstiftung, so wie Stammgutscuratoren werden können (§. 63, 95, 111).

Die in dem Bisherigen hervorgehobenen einzelnen Bestimmungen des Hausgesetzes sind für den Geist, in welchem der Urheber desselben die Stellung seines Geschlechtes und des gesammten hohen Adels erfaßt, zu charakteristisch, als daß sie mit Stillschweigen übergangen werden dürften; eine ausführlichere Betrachtung verdient aber der specifisch juristische Inhalt des Werkes. Ehe jedoch eine Mittheilung und Darlegung desselben im Einzelnen erfolgen kann, muß zunächst der allgemeine Standpunkt der Arbeit hervorgehoben werden, nach welchem sie sich nicht als einzelnes Rechtsgeschäft oder als eine Combination mehrerer Rechtsgeschäfte, sondern wesentlich als einen Inbegriff theils schon bisher geltender und nur formell neu bestätigter, theils auch materiell völlig neuer wirklicher Rechtsnormen gibt; es wird ganz entschieden von dem Begriff der Autonomie ausgegangen und derselbe auf das consequenteste verwirklicht. Nicht bloß ist mit voller Absichtlichkeit der Name „Hausgesetz" gewählt*), das Ganze ist durchgängig in die Form eines Gesetzes eingekleidet, es finden sich eine Reihe einzelner Vorschriften, die schlechterdings nur als wirkliche Rechtsnormen, nicht als Anwendung bestehender Rechtssätze, nicht als eine einem Rechtsgeschäft beigefügte Bedingung, Auflage und dgl. m. betrachtet werden können; so ist, um nur Einzelnes ganz Unzwei-

*) Motive zum Titel; dagegen Gerber, über den Begriff der Autonomie im Arch. f. civil. Praxis XXXVII. S. 55 Note 21.

Digitized by Google

felhafte hervorzuheben, die Formvorschrift des §. 2 Abs. 2 über Zuwendungen aus dem Privatvermögen einzelner Familienglieder an das Stammgut, die Rechtsvermuthung des §. 6 Abs. 3 über das Zugehören gewisser Sachen zum Hausvermögen, die Rechtsnachtheile, welche die §§. 15 Abs. 2, 18 Abs. 7, 79 an die Versäumung gewisser Fristen knüpfen, die Vorschriften über die Berufung in die Curatel der Geschlechtsstiftung (§. 63), zur Vormundschaft (§. 95), zum Amte eines Stammgutcurators (§. 14) und dergl. m. In dem interessanten wissenschaftlichen Kampfe über die theoretische und praktische Berechtigung des Begriffes: Autonomie in unserm heutigen Rechtssysteme, wie er zwischen zwei Koryphäen der Germanistenwelt in diesen letzten Jahren entbrannte*), hat sich also das Hausgesetz thatsächlich und absichtlich auf die Seite des Vertheidigers jenes Begriffes gestellt, und hat sich damit jedenfalls die Lösung seiner Aufgabe sehr wesentlich erleichtert. Ob es damit auch das theoretisch Richtige getroffen habe? mir wenigstens ist das ganz unzweifelhaft. Bedürften die trefflichen, mit der gemeinen Meinung zusammenstimmenden Ausführungen Maurer's**) noch einzelner äußerer Stützen, unser Hausgesetz selbst würde sie liefern. Bestimmungen, wie die oben angeführten, deren Gültigkeit doch wohl auch von dem Herausgeber nicht beanstandet wird, lassen sich zwar, um mit den Worten desselben zu sprechen, ihrer imperativen Form entkleiden, allein sie auf allgemeine privatrechtliche Sätze zurückzuführen, dürfte ein vergeblicher Versuch seyn, und für zahlreiche andere Vorschriften des Hausgesetzes, bei denen ein solcher möglicherweise gelingen könnte, veranlaßt er wenigstens Schwierigkeiten und Gezwungenheiten, die wegfallen, sofern man das Hausgesetz einfach als einen Ausfluß der Autonomie betrachtet. Diese, wie sich der hohe Adel Deutschlands nach positivem Rechte ihrer zu erfreuen hat, steht der Familiengenossenschaft als solcher zu; diesen Punkt und damit den Kern der ganzen Sache ins Klare gesetzt zu haben, ist das hauptsächlichste Verdienst der Neuern***).

---

*) Vergl. Gerber a. a. O. S. 35 flg. — und Maurer über den Begriff d. Auton. in der kritischen Ueberschau II. S. 229 flg.

**) Wilda im Rechtslexikon s. v. Autonomie. — Beseler, System des deutschen Privatrechts I. §. 26—28, III. §. 170.

***) Vergl. *Pütter*, primae lineae jur. priv. princ. §. 4. — Beseler

Digitized by Google

Durch wen dabei jene Genossenschaft vertreten wird, ob durch das Familienhaupt allein, was zu den Zeiten des Reichs den Anschein einer von ihm als Landesherrn ausgeübten gesetzgebenden Gewalt, oder durch die sämmtlichen Agnaten, was den Schein eines Vertrags erregen konnte, ist principiell begreiflich vollkommen gleichgültig, und die scharfsinnige Bemerkung Maurers (a. a. O. S. 256 Note 1), daß hier, wo ein Organ der Rechtserzeugung in Frage stehe, es sich nur um die Bedeutung der Familiengenossenschaft im öffentlichen, nicht um ihre Rechtsfähigkeit im Privatrecht handle, jene also trotz der von ihr auszuübenden Autonomie keineswegs nothwendig als juristische Person aufzufassen sey, muß auch wegen der einer solchen Annahme allerdings entgegenstehenden Bedenken beruhigen. Darnach bleibt der juristischen Theorie nur noch eine Frage zu beantworten übrig, nämlich die nach den Gränzen, innerhalb deren die Familie bei Uebung der ihr zugestandenen Autonomie sich zu halten hat; und auch hier ist die Antwort im Princip wenigstens sehr einfach, so große Schwierigkeiten auch die praktische Entscheidung einzelner Fälle je nach Umständen bereiten kann. Die Familie hat dieß Recht der Rechtserzeugung durch Autonomie nur zu ihren Familienzwecken, also nur in Betreff des Familiengutes und hinsichtlich der Familienglieder als solcher, nicht in ihrer weiteren Eigenschaft als selbständiger Individuen; dritte Personen oder fremde Sachen sind darnach der autonomischen Rechtsregel schlechthin nie unterworfen; dieselbe wirkt auf sie höchstens nur mittelbar, insofern sie anzuerkennen haben, daß die Familienglieder dadurch allerdings in ihrem rechtlichen Thun und Lassen beherrscht werden. Es darf ferner die Autonomie, begrifflich eine der Staatsgewalt untergeordnete Gewalt, selbst innerhalb jenes Kreises die Gränzen nicht überschreiten, die ihr durch das allgemeine Recht des Staates gezogen sind, in welchem sie geübt wird. Diese letztere Schranke ist leicht und einfach zu erkennen, wo das allgemeine gesetzliche oder Gewohnheitsrecht direct und ausdrücklich der Autonomie beschränkend entgegentritt; in allen andern Fällen ist es lediglich eine Interpretationsfrage der einzelnen Rechtssätze, ob sie oder ob sie nicht eine Schranke der Autonomie enthalten, ohne daß der Unterschied

a. a. O. III. S. 27 — u. Lehre v. d. Erbverträgen II. S. 17 flg., 29, 30 42 flg. — Maurer a. a. O. S. 255—258.

Digitized by Google

zwischen prohibitiven oder dispositiven Rechtssätzen dabei irgend in Betracht käme; er betrifft nur die Möglichkeit, einen Rechtssatz in seiner Anwendung auf einen einzelnen Fall zu modificiren, nicht die, ihn selbst als Rechtssatz abzuändern. Es kömmt immer nur auf die Absicht des Gesetzgebers an, ob er bei dem einzelnen Rechtssatze, bei welchem er sich über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer autonomischen Abänderung desselben nicht ausgesprochen hat, eine solche statuiren oder ausschließen wollte; denn das letztere steht ihm bei der unbedingten Unterordnung der autonomischen unter die gesetzgebende Gewalt, ja bei der Möglichkeit, jene durch diese ganz zu unterdrücken, unbedenklich immer frei, soweit nicht die bundesrechtlichen Privilegien der Standesherren ein Hemmniß bereiten. So würde es z. B. keinem Zweifel unterliegen, daß, insoweit positivrechtlich die s. g. Vindication von Inhaberpapieren ausgeschlossen oder beschränkt ist, diese Ausschließung oder Beschränkung hinsichtlich der zu einem adligen Hausvermögen gehörigen Inhaberpapiere hausgesetzlich nicht beseitigt werden kann, denn jener Rechtssatz ist seinem Wesen nach schlechthin allgemein, als aus der Natur der betreffenden Rechtsobjecte hervorgegangen, in allen Fällen zur Anwendung zu bringen, zu welchem Gütercomplexe auch jene Objecte gehören mögen — daß endlich Rechte Dritter, und zwar nicht bloß Fremder, sondern auch der Familienglieder selbst, durch autonomische Rechtssätze nicht verletzt werden dürfen, ist zwar richtig, nur nichts Eigenthümliches für diese Art der Rechtserzeugung; dasselbe gilt auch von der Uebung der gesetzgebenden Gewalt, und eine Besonderheit unseres Falles liegt höchstens nur etwa darin, daß gegen Verletzungen durch Autonomie ein formeller Rechtsschutz besteht, während ein solcher gegen Rechtsverletzungen, die der Gesetzgeber selbst sich erlaubt, nicht gegeben ist.

Wenn gleich das Hausgesetz, von dem Standpunkte der Autonomie ausgehend, die Möglichkeit wirklicher Rechtserzeugung für sich in Anspruch nimmt, so ist es damit doch vereinbar, daß es neben neuen selbstgeschaffenen Rechtssätzen auch bloße Anwendungen bereits bestehender Rechtsregeln auf concrete Fälle enthalte oder bestimmte einzelne rechtliche Thatsachen anerkenne und ausspreche. Eine solche praktische Mischung theoretisch verschiedenartiger Dinge findet sich von jeher vielfach in den adligen Hausordnungen, auch unser Hausgesetz ist davon nicht frei; doch ist die Rechtserzeugung in

Digitized by Google

demselben weitaus vorwiegend, und, während der Herausgeber eine solche gar nicht anerkennen will, getreu seiner Ansicht, daß es eine Autonomie des hohen Adels nicht gebe, stellt sich nach meiner diametral entgegengesetzten Ansicht selbst die Gesammtheit derjenigen Anordnungen, welche im Wesentlichen dem Familienfideicommiß entsprechen, nicht als eine Anwendung dieses Rechtsinstitutes, sondern als ein Inbegriff aus der Autonomie der Familie hervorgegangener Rechtssätze dar, welche nur ein ähnliches Resultat, wie die Anwendung jenes Rechtsinstitutes, ergeben. Diese Anordnungen ließen sich allerdings möglicherweise ihrer imperativen Form entkleiden, und könnten als bloße Rechtsanwendung bekannter Institute aufgefaßt und erklärt werden. Allein abgesehen davon, daß durch ein solches Verfahren einer rechtlichen Disposition, die in sehr klaren und präcisen Ausdrücken abgefaßt ist, eine diesen Ausdrücken widersprechende Bedeutung gewaltsam und ohne Grund untergeschoben würde, könnten dabei nicht wenige einzelne Bestimmungen nur sehr gezwungen, manche könnten doch nur als neue, das bestehende Recht modificirende Rechtssätze erklärt werden, in das ganze so klar und einheitlich gedachte Werk würden ohne Noth manche Mißklänge und Inconsequenzen hereingetragen. In unserm heutigen Recht stehen das Rechtsinstitut des Familienfideicommisses mit allem dazu Gehörigen, wesentlich aus den autonomischen Beliebungen des hohen Adels erwachsen, und diese Autonomie selbst neben einander; es ist bei jeder einzelnen Hausordnung eine reine nach ihrer Form und ihrem Inhalte zu beantwortende Thatfrage, ob sie Aenderung jenes Rechtsinstitutes oder Uebung dieser autonomischen Gewalt sey*). Selbst insoweit eine neue Hausordnung bestehende Rechtsverhältnisse ändert, muß zwar die Möglichkeit zu solcher Anwendung durch Rechtsgeschäfte nach Maßgabe des bestehenden Rechts beschafft werden, z. B. durch Verzichte; die neue Anordnung selbst aber kann nichtsdestoweniger als autonomische Beliebung ins Leben treten. Unser Hausgesetz ist, wie das Folgende zeigen wird, ein sehr sprechender Beweis für die außerordentlichen Vorzüge, welche dieses Verfahren darbietet, so daß es überall befolgt zu werden verdiente, auch wo seine Einhaltung größere Schwierigkeiten als in unserm Falle bietet, in welchem nur ein einziger Anwärter vor-

*) Vergl. Beseler, System. III. §. 172—176.

Digitized by Google

handen war. Ein rationeller Aus- und Fortbau einer Hausordnung wird ungemein erschwert, wenn Rechtsgeschäft und Rechtserzeugung in der unklaren Weise der älteren Theorie fortwährend ineinander laufen und sich verwischen.

Doch wenden wir uns zu dem Einzelnen, aus welchem ich, von der Anordnung des Hausgesetzes abweichend, zunächst die das eigentliche Hausvermögen betreffenden Vorschriften im Zusammenhang besprechen werde. Dieses umfaßt nach §. 2 alle schon bisher zu dem Giech'schen Hausvermögen gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, alles in der Folge vom Familienhaupt durch Verwendung von Bestandtheilen des Hausvermögens zu Erwerbende, alles diesem durch das Familienhaupt, ein Familienglied oder einen Dritten Zugewendete und endlich die unten zu betrachtende Geschlechtsstiftung. Wir haben hier unverkennbar eine Mischung concreter rechtlicher Dispositionen und autonomischer Rechtssätze. Die adelige Familiengenossenschaft kann kraft ihrer Autonomie bestimmen, es solle für das Geschlecht ein eigenthümlichen Rechtsgrundsätzen unterworfenes Hausvermögen bestehen (so geschieht es in §. 1), und diese besondern Rechtsgrundsätze aufstellen. Die Einreihung bestimmter einzelner Sachen in jenes Hausvermögen ist aber nicht Uebung der autonomischen Gewalt, sondern Verfügung über jene Sachen, die selbstverständlich nur von dem bisher an denselben Berechtigten ausgehen kann und unter den Normen des allgemeinen staatlichen Rechtes steht, da erst durch sie die Sache Bestandtheil des Hausvermögens und damit der Selbstgesetzgebung der Familie unterworfen wird. Die erste Constituirung eines Hausvermögens und die Aufstellung autonomischer Rechtssätze über dasselbe fallen nothwendig immer zusammen; es konnte nie eine adelige Familie auf den wunderlichen Gedanken gerathen, hausgesetzliche Vorschriften für ein noch nicht existirendes Hausvermögen zu erlassen, und umgekehrt wird ein beliebiger Gütercomplex erst dadurch zu einem Hausvermögen, daß bestimmte autonomische Satzungen hinsichtlich seiner festgestellt werden. Historisch liegt der Kern aller Hausvermögen in den Gütern und Gerechtsamen, welche von altersher einem Geschlecht nach Land- oder Lehnrecht gehört hatten, und über welche in dem Zeitpunkte, als jene Rechtsnormen und die Interessen des Adels in entgegengesetzten Richtungen sich entwickelten und schließlich einander vielfach geradezu

Digitized by Google

widersprachen, die Familie autonomisch die ihren Bedürfnissen entsprechenden Rechtssätze aufstellte.

Als diejenigen Güter, hinsichtlich deren die autonomische Gewalt geübt werden dürfe, galten dabei zunächst im Allgemeinen die dem Familienhaupte gehörigen, auf welche die Familie ihre Macht und ihre Stellung stützte, welche schon nach dem alten, nunmehr wankenden und fallenden Recht dem Geschlechte bis zu gewissem Grade gesichert gewesen waren; so viele Zweifel aber und Unsicherheiten im Einzelnen entstehen mochten, jedenfalls war der Kreis von Gütern, auf welche die Autonomie sich beziehen könne, ein gegebener, nicht durch sie selbst willkürlich bestimmbarer, und nachdem in Folge der geübten Autonomie eine sichere Scheidung zwischen Haus- und Privatvermögen durchgeführt ist, ist eben damit auch der Raum, innerhalb dessen die Autonomie sich zu bewegen hat, sicherer als früher unverrückbar vorgezeichnet; es ist eben das Hausvermögen. Soll dieses erweitert werden, so kann es nicht kraft autonomischer Gewalt, sondern nur durch specielle, unter dem Landrecht stehende Rechtsgeschäfte geschehen; z. B. Zuwendungen eines Familiengliedes aus seinem Privat- an das Hausvermögen dürfen das Notherbenrecht nicht verletzen.

Wenn nun unser Hausgesetz dem bisherigen Hausvermögen auch für die Zukunft diese Eigenschaft zuspricht, so ist das zwar keine autonomische Anordnung, aber durchaus richtig als ausdrückliche Anerkennung einer schon bisher bestehenden rechtlichen Thatsache, und ebenso unterliegt es keinem Bedenken, daß dem Hausvermögen Zuwendungen gemacht werden können, sey es durch einzelne Familienglieder, sey es durch Fremde. Eher könnte die Vorschrift des zweiten Absatzes des §. 2 beanstandet werden, daß Bestandtheile aus dem Privatvermögen eines Familiengliedes in das Hausvermögen nur dann übergehen sollen, wenn sie demselben durch eine schriftliche oder von zwei Zeugen ausgesprochene Willenserklärung überwiesen worden sind. Zwar die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung, um Streitigkeiten innerhalb der Familie zu vermeiden, leuchtet sofort ein; ein Bedenken liegt aber darin, daß die Dispositionen einzelner Familienglieder im Allgemeinen wenigstens dem autonomischen Recht der Familie nicht unterliegen. Gleichwohl möchte ich die fragliche Vorschrift als gültig anerkennen, da es sich bei derselben doch auch wesentlich um die scharfe Begrän-

Digitized by Google

zung des Hausvermögens handelt, und jedenfalls durch die formelle Erschwerung des Uebergangs einzelner Sachen aus dem Privat- in das Hausvermögen nur das letztere zu leiden hat, nur der der Autonomie zugängliche Kreis verengert wird, worin nur für die Familie selbst ein Grund zur Beschwerde läge, die sie aber gegen schon eigene autonomische Beliebung nicht erheben kann und wird. — Ernstere Schwierigkeiten bereitet dagegen die Vorschrift, daß das durch Verwendung von Bestandtheilen des Hausvermögens Erworbene selbst ohne weiteres Bestandtheil des Hausvermögens seyn solle (§. 2. B.). So strict, wie es in dem einfachen Wortsinn läge, kann diese Bestimmung nicht durchgeführt werden. Sie ist unverkennbar dadurch veranlaßt, daß, abweichend von dem sonst Gewöhnlichen, eine Menge schlechthin veränderlicher Sachen zu dem Hausvermögen gezogen sind, z. B. Werthpapiere auf Inhaber oder an Ordre, Einrichtungsgegenstände u. s. w., und daß unter solchen Umständen die unentbehrliche Sicherheit für den Gesammtbestand des Hausvermögens für die Anwärter am einfachsten durch den Grundsatz erreicht schien, das mit Stücken des Hausvermögens Erworbene gehört selbst zu dem Hausvermögen. Richtig aber ist dieser Satz doch nur dann, wenn das Familienhaupt den neuen Erwerb nicht bloß mittelst eines veräußerten Bestandtheiles des Hausvermögens, sondern auch für dasselbe macht. Macht er ihn für sich selbst, dann gehört das Erworbene in sein Privatvermögen, und nur vermöge einer Fiction könnte es dem Hausvermögen zugetheilt werden; eine solche Fiction aufzustellen ist aber der autonomischen Gewalt nicht möglich, die nur über das wirklich zum Hausvermögen Gehörige verordnen, nicht vorschreiben kann, es solle etwas, das nach der Natur der Verhältnisse nicht dazu gehört, doch per fictionem als dazu gehörig betrachtet werden. Die Familie kann nur für ihre eigenen Glieder Gesetze schreiben, mehr also nicht thun als dem Haupte die Pflicht auferlegen, wenn er einzelne Sachen aus dem Hausvermögen in gültiger Weise veräußert, das dagegen Empfangene wieder dem Hausvermögen einzuverleiben; zieht er es widerrechtlicherweise zu seinem Privatvermögen, dann kann es Dritten gegenüber nur als Bestandtheil dieses, nicht des Stammgutes gelten. Mehr als jene Pflicht will auch in der That das Hausgesetz trotz der etwas zu absoluten Worte des §. 2. B. nicht aussprechen, denn in §. 14 Abs. 2 ist ausdrücklich nur von jener

Digitized by Google

Verbindlichkeit des veräußernden Familienhauptes die Rede, und die gleich nachher zu besprechenden Beweisregeln über das Zugehören zum Haus- oder Privatvermögen werden bestimmt nur auf die Familienglieder untereinander bezogen (§. 6, 79 u. Mot.), noch vielmehr muß das also im Geiste des Hausgesetzes bei den denselben Punkt betreffenden materiellen Rechtsvorschriften geschehen.

Zu dem Hausvermögen gehören zur Zeit, namentlich in Folge der neuerlichen Ablösung zahlreicher Grundlasten, bedeutende Werthpapiere; die Bestimmung, dieses bewegliche Vermögen so bald und so weit, als nur immer möglich, wieder in Grundvermögen zu verwandeln (§. 3), rechtfertigt sich nach der Natur eines Hausvermögens, wie nach der Stellung des Adels und deren nothwendigen Voraussetzungen von selbst (Mot. zu §. 3.), und eben so kann es, da hier alles von Zeit und Umständen abhängt, nur gebilligt werden, daß die Forderung, so dringend sie ist, wesentlich nur an das Gewissen des Familienhauptes gerichtet wurde, da es unmöglich ist, hier bestimmte rechtliche Pflichten zu formuliren (§. 3 u. Mot.). — Im übrigen gehören außer Grundstücken und Capitalien auch zahlreiche andere bewegliche Sachen zu dem Hausvermögen, namentlich eine Reihe von Pretiosen und andere Gegenstände von besonderem, vorzugsweise familiengeschichtlichem Werthe (§. 11) und das gesammte Inventar der Haus-, Land- und Forstwirthschaft in weitestem Umfange (§. 13). Trotz dieser weiten Ausdehnung und bunten Mischung des Hausvermögens ist aber für die sichere Erkennbarkeit desselben doch dadurch gesorgt, daß, abgesehen von den in dem Hausgesetze selbst specificirten Objecten desselben, einmal die Führung eines s. g. Stammgutskatasters angeordnet ist, welches sämmtliche Immobilien und sämmtliche Bestandtheile des Capitalvermögens, endlich alles verarbeitete Gold und Silber, Schmuck und Geschmeide zu umfassen und allen successiven Veränderungen zu folgen hat, und daß ferner hinsichtlich der in dieses Kataster nicht aufzunehmenden Gegenstände die Rechtsvermuthung aufgestellt wird, sie gehörten, sofern sie im Besitz oder im Nachlaß des Familienhauptes sich befinden, zu dem Hausvermögen (§. 2 Abs. 3. §. 6 Abs. 3).

Verwaltung, Genuß und Vertretung desselben stehen dem Familienhaupte zu, welches überhaupt alle Eigenthumsrechte nach den näheren Vorschriften des Hausgesetzes ausübt (§. 4). Die

Digitized by Google

Früchte des Stammgutes fallen in sein Privatvermögen (§. 5), und sehr zweckmäßig ist, um bei seinem Tode alle Weiterungen zwischen seinen Allodialerben und dem Stammgutsnachfolger auszuschließen, bestimmt, daß die vorhandenen Nutzungen aus den Vorjahren den erstern zufallen, und der rechnungsmäßige Reinertrag des laufenden Verwaltungsjahres zwischen ihnen und dem Stammgutsnachfolger getheilt wird nach Verhältniß der Zeit, welche das verstorbene Familienhaupt von dem Verwaltungsjahre noch erlebt hat (§. 94. Abs. 2 u. 3); auf die wirkliche Erhebung der Früchte durch den Verstorbenen oder gar Herübernahme derselben in seine Privatcasse kommt es nicht an. Das Familienhaupt hat das Stammgut als ein guter Wirth nach Umfang und Beschaffenheit zu erhalten und die Ertragsfähigkeit desselben ungeschmälert zu bewahren; ja er hat es überdieß nach Möglichkeit zu bessern und seine Rentabilität zu steigern (§. 71). Letzteres ist freilich wesentlich nur dem Pflichtgefühl des Familienhauptes anheimgegeben, ohne daß in dieser Beziehung irgend ein Zwang gegen dasselbe statthaft wäre (§. 77. Abs. 3); eine juristische Bedeutung hat die Bestimmung aber doch insofern, als das Familienhaupt, resp. sein Allodialnachlaß wegen gemachter Verbesserungen keinen Ersatz zu beanspruchen hat; die Meliorationspflicht ist gleichsam eine Art naturalis obligatio (§. 94 Abs. 5). Andererseits ist die Haftung für Deteriorationen in eigenthümlicher Weise beschränkt. Der Privatnachlaß des Familienhauptes haftet nämlich für Verschlechterungen nur insofern, als dieselben an im Kataster nachzuweisenden Sachen und durch Nichtbeobachtung der hausgesetzlichen Bestimmungen über die Erhaltung des Stammgutes eingetreten sind; wegen aller anderen Deteriorationen dagegen, namentlich auch hinsichtlich der in das Kataster nicht aufzunehmenden Gegenstände kann ein Ersatzanspruch gegen den Privatnachlaß des Familienhauptes nicht, wohl aber per arg. a contrario gegen dieses selbst, während seines Lebens erhoben werden (§. 94 Abs. 5. §. 112), da hierin, wie die Motive bemerken, leicht Veranlassung zu den mißlichsten Irrungen innerhalb der Familie läge, und den Anwärtern hausgesetzliche Mittel genug zum alsbaldigen Einschreiten gegen sie beeinträchtigende Handlungen gegeben sind. Die Anwärter nämlich, deren Begriff in den Motiven zu §. 77 genau für die verschiedenen möglichen Fälle bestimmt ist, sind im Allgemeinen befugt und ver-

Digitized by Google

pflichtet, die Erhaltung des nicht bloß dem Familienhaupte, sondern der ganzen Familie dienenden Hausvermögens zu überwachen (§. 77), und diese von ihnen zu übende Controle, die bei der Aufnahme zahlreicher beweglicher Sachen in jenes Vermögen nothwendig gesteigert werden mußte, ist im Einzelnen eben so zweckmäßig als energisch geordnet. Jeder einzelne Anwärter darf und soll dem Familienhaupte Erinnerungen über dessen Verwaltung in Verbindung mit geeigneten Anträgen machen, insofern auf Thatsachen gegründete Wahrnehmungen vorgebracht werden können, daß die Substanz des Stammgutes oder dessen Ertragsfähigkeit durch Vernachlässigung, übertriebene Nutzung oder auf andere Weise Schaden leide, und, wenn sich das Familienhaupt daran nicht kehrt, kann sogar bei dem ordentlichen Gericht ein Verbot gegen die Fortsetzung nachtheiliger Handlungen erwirkt werden (§. 78). Noch wichtiger ist es, daß die zwei nächsten Anwärter, jeder für sich oder gemeinsam, und wenn sie beide Descendenten des Familienhauptes sind, überdieß auch noch der nächste Anwärter aus der Seitenlinie, jährlich einmal und zwar innerhalb der ersten drei Monate nach dem Schlusse des Verwaltungsjahres Einsicht des Stammgutskatasters verlangen dürfen. Halten sie dasselbe für unnöthig, so haben sie ihre Erinnerungen dagegen noch während des laufenden Verwaltungsjahres vorzutragen und nöthigenfalls vor das Schiedsgericht zu bringen (s. unten), nach Ablauf der angegebenen Fristen hat aber das Kataster volle Beweiskraft in Streitigkeiten zwischen Familiengliedern erlangt (§. 79. 81). Der Sinn dieser letztern einer Mißdeutung leicht ausgesetzten Vorschrift kann übrigens nur der seyn, daß nach Ablauf obiger Fristen das obwohl ohne unmittelbare Mitwirkung der Anwärter geführte Kataster nach seinem jüngsten Abschluß den Umfang des Hausvermögens allen Familiengliedern gegenüber beweist, und daß derjenige, der eine Unrichtigkeit desselben behauptet, den betreffenden Beweis zu führen hat, während vor ausdrücklicher Anerkennung des jüngsten Abschlusses und vor Ablauf der Fristen die angeblich seit dem letzten vorangegangenen Abschluß eingetretenen Aenderungen nicht ohne weiteres durch das Kataster erwiesen werden können. Abgesehen von der Bestätigung, welche diese Auslegung in der lareren Fassung des §. 6 Abs. 2 und den Motiven dazu findet, ist sie jedenfalls innerlich nothwendig; der oben bemerkte Gegenbeweis muß dem Anwärter auch nach Ablauf der Fristen

Digitized by Google

vorbehalten bleiben, sonst würden ja zum Hausvermögen gehörige Sachen durch widerrechtliche Auslassung im Kataster jene Eigenschaft unwiederbringlich verlieren; ja noch mehr, da dem Kataster nur unter Familiengliedern Beweiskraft ohne weiteres beigelegt ist und beigelegt werden konnte, würde ohne den Vorbehalt des fraglichen Gegenbeweises das geradezu unerträgliche Resultat herauskommen, daß eine Sache Dritten gegenüber als zum Hausvermögen gehörig gelten und dem dritten Besitzer durch Vindication abgefordert werden dürfte, während sie dem Familienhaupte selbst gegenüber nicht als Bestandtheil des Hausvermögens behauptet und bewiesen werden könnte. — Zu der Controle des Stammgutskatasters durch die nächsten Anwärter kommt endlich noch die Befugniß eben derselben, jeder Zeit, sowohl von Zeit zu Zeit in geeigneten Zwischenräumen, aber nicht bloß innerhalb der obigen Fristen, sich von dem Vorhandenseyn der Urkunden über das Capital-Vermögen Gewißheit zu verschaffen (§. 80); und nimmt man endlich den schon einmal erwähnten Satz hinzu, daß alle im Besitz des Familienhauptes sich befindenden Inventarstücke kraft einer Rechtsvermuthung als zum Hausvermögen gehörig zu gelten haben, so wird man anerkennen müssen, daß in glücklichster Weise das nicht leichte Problem gelöst ist, trotz der Aufnahme zahlreicher der Ueberwachung leicht sich entziehender Gegenstände in das Hausvermögen dennoch die unversehrte Erhaltung desselben im Interesse der Anwärter zu sichern, ohne der Würde oder dem Recht des Familienhauptes zu nahe zu treten.

Das Hausvermögen ist untheilbar, und für dasselbe besteht im Ganzen und in allen seinen einzelnen Theilen das Gebot der Unveräußerlichkeit, dieses Wort im weitesten Sinne genommen, so daß es alle Veräußerungen innerhalb oder außerhalb der Familie, inter vivos oder mortis causa, auch die bloße Beschwerung mit Lasten und Dienstbarkeiten u. s. w. umfaßt (§. 8. 9). Unveräußerlichkeit ist ein essentiale auch des Familienfideicommisses; mit gutem Bedacht ist sie aber hier nicht als Folge der Anwendung jenes Rechtsinstitutes, sondern als ein verbietender autonomischer Rechtssatz hingestellt; es ist damit die ungemein werthvolle Möglichkeit gewonnen, jede als nothwendig oder zweckmäßig erscheinende Modification und Ausnahme kraft derselben autonomischen Gewalt zu statuiren. Die Regel der Unveräußerlichkeit wird unbedingt

Digitized by Google

festgehalten, so daß schlechthin jede freiwillige Veräußerung untersagt ist, hinsichtlich einer Reihe in §. 11 aufgezählter Sachen; es sind das die Stammsitze des Geschlechtes und eine Anzahl Pretiosen und andere Gegenstände, die nach dem Ausdruck der Motive mit der Familie so innig verwachsen sind, daß eine Ausscheidung derselben aus dem Hausvermögen als möglich und zulässig gar nicht gedacht zu werden vermag. Derselbe treue historische Sinn ist es wohl, welcher auch die dem Geschlechte zustehenden standesherrlichen Rechte hieher zu ziehen veranlaßte. Daß ein hochadeliges Haus von der Anschauung ausgeht, seine politische Stellung könne nicht nach Phantasie und Laune aufgegeben werden, versteht sich von selbst, und nach dem ganzen Standpunkt des Hausgesetzes, welches jene Stellung als Beruf, als Recht und Pflicht zugleich auffaßt, wäre ein solches Aufgeben sogar wenigstens ein sittliches Unrecht. Allein abgesehen von den politischen Bedenken, welche dem unbedingten Verbot jeder freiwillig zugestandenen Veränderung in den standesherrlichen Rechten entgegenstehen, halte ich es für sehr zweifelhaft, ob diese wesentlich publicistischen und politischen nicht vermögensrechtlichen Rechte der Autonomie der adeligen Familiengenossenschaft in dem Maß unterworfen sind, daß sie von ihr für schlechthin unveräußerlich erklärt werden können. Soll z. B. eine von dem Familienhaupt und allen lebenden Anwärtern zugestandene Aenderung in jenen Rechten für spätere Familienglieder nicht verbindlich seyn? Das wird man nicht behaupten können, damit wäre dem lebenden Geschlecht jede politische Action unmöglich gemacht, das kann nicht die Meinung eines autonomischen Gesetzgebers seyn, welcher in wahrhaft historischem Geiste jeder werdenden Neugestaltung des öffentlichen Lebens sorgfältig Raum läßt zu ihrer Entwickelung, der es als die Entziehung des edelsten und kostbarsten Rechts seines Geschlechtes beklagen würde, wenn demselben verboten wäre, in einer großen reformatorischen Zeit selbst die Initiative zu zeitgemäß erachteter Aenderung, unter Mitänderung seiner eigenen Stellung, zu ergreifen.

Auch liegt die Berichtigung des in dem Hausgesetz selbst allzu absolut gefaßten Satzes in den Motiven, aus welchen erhellt, daß Einwilligung in ein allgemeines Staatsgesetz, welches die Stellung der Standesherren ändert, statthaft seyn soll, obgleich ein Widerspruch dagegen rechtlich möglich wäre, z. B. durch Anrufung der

Digitized by Google

Bundesgarantie. Das Verbot ist demnach wohl nur gerichtet gegen das Verhandeln der standesherrlichen Rechte, weil und in wiefern das Geschlecht damit seine Aufgabe verkennen und aufhören würde, es selbst und das zu seyn, was es bisher war; freilich würde in diesem Sinne eine sittliche Mahnung an das Gewissen der Nachkommen einem als Rechtssatz gefaßten absoluten Verbote vorzuziehen gewesen seyn.

Die Regel der Unveräußerlichkeit, so nothwendig und heilsam sie als solche ist, schlägt doch bei unbedingt starrem Festhalten in ihr Gegentheil um, indem sie die bei dem steten Wechsel aller menschlichen Dinge nun einmal unentbehrliche Bewegung hemmt. Dem entsprechend ist zunächst die Veräußerung beliebiger zu dem Hausvermögen gehöriger Sachen, außer den, wie bereits erwähnt, für schlechthin unveräußerlich erklärten, in einer Reihe einzelner bestimmter Fälle erlaubt, die alle darin zusammentreffen, daß in ihnen die Veräußerung entweder durch eine rechtliche Nöthigung oder den entschiedenen Vortheil des Geschlechts geboten ist, z. B. durch Staatsgesetze gebotene Veräußerungen, die nach dem Hausgesetz selbst aus dem Capitalbestand der Geschlechtsstiftung oder des Stammgutes zu prästirenden Leistungen, vortheilhafte Vertauschungen u. s. w. (§. 10). Die Gültigkeit der Veräußerung ist übrigens in solchen Fällen in der Regel noch überdieß durch die übereinstimmende Erklärung sämmtlicher Anwärter bedingt, daß ein Fall erlaubter Veräußerung vorliege. Derjenige Anwärter, welcher innerhalb dreier Monate nach genügender schriftlicher Mittheilung über die beabsichtigte Veräußerung keine Erklärung abgibt, gilt als zustimmend; und können sich die Anwärter darüber nicht einigen, ob ein Fall erlaubter Veräußerung vorliege, so entscheidet das Schiedsgericht (§. 15). Zur Gültigkeit der Veräußerungen gehören also gewisse, durch das Hausgesetz selbst festgestellte objective Voraussetzungen, und das subjective Anerkenntniß der Anwärter, daß dieselben gegeben seyen; und sind damit die Anwärter vollkommen gesichert, so ist zugleich andererseits zur Umgehung der unendlichen Schwierigkeiten eines ganz frei verweigerlichen Consenses eine objective Regel für seine Ertheilung aufgestellt, nach welcher ihn bei grundloser Weigerung der Anwärter das Schiedsgericht ausspricht; so ist ohne Minderung der Garantien der Anwärter die vernünftigerweise nothwendige Beweglichkeit des

Digitized by Google

Hausvermögens *) gerettet. Ausnahmsweise fällt die Mitwirkung der Anwärter weg, wenn es sich um eine nach Staatsgesetzen rechtlich nothwendige Veräußerung oder um einen Vergleich handelt, bei welchem der aufgegebene Vermögenswerth die Summe von 1000 fl. nicht übersteigt (§. 16). Wie nach dem Bisherigen in gewissen Fällen wegen deren Beschaffenheit beliebige Sachen aus dem Hausvermögen, so dürfen umgekehrt in allen Fällen gewisse Sachen wegen ihrer eigenthümlichen rechtlichen oder thatsächlichen Natur frei veräußert werden. Das sind Werthpapiere auf Namen, auf Inhaber oder an Ordre, Forderungsrechte und alles zu dem Inventar der Haus- Land- und Forstwirthschaft Gehörige (§. 12. 13). Wenn dabei das Hausgesetz bemerkt, bei dem Umtausch von Werthpapieren oder der Verwendung derselben zu Zahlungen sey von dem Familienhaupte zu fordern, daß es wo möglich den Curswerth erhalte, wenn es ausstehende Capitalien zur Erlangung höherer Zinsen oder größerer Sicherheit einzuziehen gestattet, wenn es die Inventarstücke zweckmäßigen Veräußerungen durch das Familienhaupt unterwirft, wie sie dieses als sorgfältiger Hausvater vorzunehmen für gut findet: so soll wohl mit allem dem nur die Verantwortlichkeit des handelnden Familienhauptes angedeutet und bestimmt, nicht die Gültigkeit der Veräußerung selbst an so ganz unsichere, für jeden Dritten nicht erkennbare Voraussetzungen gebunden werden. Dagegen werden freigebige Verfügungen auch über die in Frage stehenden Sachen für unzulässig zu halten seyn; denn die Unveräußerlichkeit, die namentlich und ausdrücklich auch das Verbot freigebiger Verfügungen unter sich enthält (§. 9), ist die Regel, und bei den nach §§. 12 u. 13 ausnahmsweise zugelassenen Veräußerungen unverkennbar nur an solche gegen Ersatz gedacht. — Daß übrigens die hier besprochenen Sachen nicht oder wenigstens nicht die augenscheinlichsten Nachtheile unveräußerlich gemacht werden können, leuchtet von selbst ein, ebenso daß ihre freie Veräußerlichkeit vom Standpunkte des Familienfideicommisses aus nicht zu erklären und zu rechtfertigen ist; dagegen genügt die autonomische Gewalt der Familie vollkommen, um einzelne Sachen aus dem Hausvermögen für veräußerlich wie andere für unveräußerlich zu erklären, und es

*) Vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht. I. §. 68 S. 338.

Digitized by Google

ist bereits mitgetheilt, wie auch bei jenen in ausreichendster Weise für die Sicherheit der Anwärter gesorgt ist durch die ihnen eingeräumten weitgehenden Ueberwachungsbefugnisse, durch das Stammgutskataster und die zu Gunsten des Hausvermögens aufgestellte Rechtsvermuthung.

Bei allen erlaubten Veräußerungen müssen die flüssig werdenden Gegenleistungen dem Stammgut einverleibt werden (§. 11. Abs. 2). Die verbotene Veräußerung, und ihr wird es gleich geachtet, wenn Bestandtheile des Hausvermögens aus Fahrlässigkeit in fremde Hände gekommen sind, ist null und nichtig (§. 17 Abs. 1). Dem entsprechend ist nicht bloß das Familienhaupt verpflichtet, das durch seinen Vorgänger widerrechtlich Veräußerte vom dritten Besitzer zu vindiciren (§. 17. Abs. 1), sondern dasselbe Recht und dieselbe Pflicht kommt auch jedem einzelnen Anwärter zu, sofern er nur nicht persönlich in die fragliche Veräußerung eingewilligt hatte, ohne Unterschied, ob das veräußernde Familienhaupt noch lebe oder nicht (§. 17. Abs. 2 u. 3). Es ist damit die gemeinrechtliche Controverse über das Vindicationsrecht *) in einer, wie ich glaube, glücklichen Weise beseitigt; nicht bloß ist damit das Hausvermögen auf das energischste geschützt, selbst den Verkehrsinteressen entspricht es, daß der dritte Erwerber möglichst bald aus dem Irrthum gerissen werde, als habe er rechtlich wirksames Eigenthum erworben. Daß aber die autonomische Festsetzung so weit gehen darf, wie hier geschehen, kann nicht bestritten werden; sie kann, das ist unzweifelhaft und das war von jeher ihre wichtigste Function, alles zum Familiengute Gehörige für unveräußerlich erklären; darin liegt aber von selbst die rechtliche Macht, auch die Organe zu bestimmen, welche jene Unveräußerlichkeit geltend zu machen haben; es handelt sich nicht um eine neue Beschränkung in dem Rechte des dritten Erwerbers, sondern nur um den Legitimationspunkt bei Bestreitung eines von ihm in der That nicht erworbenen Rechtes. — Aus dem Stillschweigen des Hausgesetzes über das Vindicationsrecht des veräußernden Familienhauptes selbst wird übrigens nicht gefolgert werden dürfen, daß es

*) Vgl. Beseler, Erbvertr. II. 2. S. 58. — Gerber, System des deutschen Priv.-Rs. §. 84 S. 202. — Bluntschli, deutsches Priv.-R. §. 68 S. 336. — Beseler, System. III. S. 36.

Digitized by Google

ihm nicht zustehe; als nothwendige Folge der objectiven Unveräußerlichkeit der zum Hausvermögen gehörigen Sachen muß es auch ihm zugestanden werden, um so mehr, da es ja selbst während seiner Lebzeiten von jedem einzelnen Anwärter ausgeübt werden kann, wodurch die veräußerte und nun vindicirte Sache natürlich nicht in Besitz und Genuß des betreffenden Anwärters kommt, sondern wieder mit dem Hausvermögen zum unmittelbaren Vortheil des Familienhauptes vereinigt wird. Dabei versteht sich aber von selbst, daß dieses aus dem Veräußerungsvertrag dem dritten Erwerber ersatzpflichtig und möglicherweise auch, sofern das Hausvermögen dadurch nicht gefährdet wird, verbunden ist, während der Dauer seiner persönlichen Berechtigung dem dritten die Ausübung des Rechtes zu gestatten, das der Substanz nach nicht übertragen werden konnte.

Die Unveräußerlichkeit des Hausvermögens führt in ihrer Consequenz von selbst dahin, daß dasselbe auch nicht mit Schulden belastet werden kann (§. 18. Abs. 1), während gegenüber den Forderungen des Lebens diese Rechtsregel so wenig wie die der eigentlichen Unveräußerlichkeit unabänderlich festgehalten werden kann. Die autonomische Gewalt eröffnet auch hier den leichtesten und sichersten Ausweg, indem sie die Bedingungen festsetzt, unter welchen das Familienhaupt Schulden contrahiren darf, welche aus dem Hausvermögen, resp. den Früchten desselben zu bezahlen sind, so daß sie auch den Stammgutsnachfolger als solchen, freilich aber auch nur als solchen, treffen. Die Mißlichkeiten und Unsicherheiten der herrschenden Doctrin über Fideicommißschulden fallen damit weg, ohne zu dem von Gerber über Lehn- und Fideicommißschulden in dem *) vorgeschlagenen gewagten Auskunftsmittel der von ihm s. g. Nachstiftung greifen zu müssen. Die Voraussetzungen der Verschuldung des Hausvermögens sind analog, wie bei der Veräußerung bestimmt objectiv: unabweisliche Nothwendigkeit oder entschiedener Nutzen für das Geschlecht, subjectiv: Zustimmung sämmtlicher Anwärter, die unter dem Präjudiz, als zustimmend betrachtet zu werden, innerhalb dreier Monate von der ihnen gemachten Mittheilung an, sich zu erklären haben (§. 18 Abs. 1 u. 7). Daß im

*) Zeitschr. für Civ. R. u. Proc. Neue Folge XI. S. 197 ff.

Digitized by Google

Falle eines Dissenses unter den Anwärtern das Schiedsgericht über die Zulässigkeit der Verschuldung, wie über die Veräußerung, zu entscheiden habe, ist im Hausgesetz nicht gesagt, gleichwohl möchte es anzunehmen seyn bei der entschiedenen Analogie zwischen beiden Fällen und, da die nothgedrungene Contrahirung von Schulden, wie sie nach dem Hausgesetz selbst namentlich in Folge der Vorschriften über die Geschlechtsstiftung auch ohne besondere Unglücksfälle vorkommen kann, nicht füglich durch den unmotivirten Widerspruch eines Einzelnen gehemmt werden kann. Aeußerst empfehlenswerth ist die weitere Vorschrift, daß zugleich mit Uebernahme einer Schuld auch ein ebenfalls der agnatischen Genehmigung unterliegender nachhaltiger Tilgungsplan festgestellt werden muß, um die Schuld in entsprechenden Fristen aus den Früchten des Stammgutes heimzuzahlen (§. 18 Abs. 3). Die zwei nächsten Anwärter haben den Vollzug des Tilgungsplanes zu überwachen, und wird er nicht eingehalten, so dürfen und sollen nicht bloß sie, sondern jeder Anwärter dem Familienhaupte deßhalb die geeigneten Vorstellungen machen, und im Falle der Nichtbeachtung derselben bei Gericht darauf antragen, daß den Verwaltungsbeamten des Stammgutes bei persönlicher Haftung aufgegeben werde, die festgesetzten Fristenzahlungen aus den von ihnen vereinnahmten Einkünften unmittelbar an das Gericht zur Befriedigung der Gläubiger zu leisten (§. 18. Abs. 4. 5); endlich haftet das Privatvermögen des Familienhauptes für alle, dem Tilgungsplan zuwider rückständig gebliebenen Fristenzahlungen (§. 18. Abs. 6. §. 112). Den Gläubigern gegenüber entscheidet übrigens selbstverständlich nur der mit ihnen unter agnatischem Consens abgeschlossene Vertrag. Der Tilgungsplan nun, wenn und insoweit sie in denselben eingewilligt haben, und selbst die Aufstellung eines Tilgungsplanes überhaupt ist zur Gültigkeit der Schuld, sofern nur sonst die hausgesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, nicht erforderlich; es ist ein nur innerhalb der Familie wirksames Recht, daß die Anwärter auf Errichtung und Befolgung eines Schuldentilgungsplanes zu dringen befugt sind. Während in der Feststellung der Bedingungen, unter welchen das Hausvermögen mit Schulden belastet werden darf, eine Ueberschreitung der der Autonomie gezogenen Gränzen unzweifelhaft nicht enthalten ist, erheben sich nach dieser Rücksicht hin allerdings Bedenken gegen die weitere Vorschrift des Hausgesetzes, daß, abgesehen von dem bereits

Digitized by Google

besprochenen Falle einer Nichteinhaltung des Schuldentilgungsplanes, das Privatvermögen des Familienhauptes für die auf dem Stammgut mit Zustimmung der Anwärter lastenden Schulden regelmäßig nicht, und ausnahmsweise nur dann haften solle, wenn diese Haftung durch einen besondern Rechtstitel begründet worden (§. 19). Als autonomischer Rechtssatz ist in der That diese Vorschrift nicht haltbar, wenigstens nicht zu Gunsten desjenigen Familienhauptes, welches selbst die Schuld contrahirte oder eines solchen Stammgutsnachfolgers, welcher zugleich Erbe jenes ist. Die allgemeine Rechtsregel ist nämlich die, daß der Gläubiger an das ganze (freie) Vermögen seines Schuldners sich halten darf, und diese Regel ist weder landrechtlich dahin modificirt *) noch kann sie, da die Autonomie ihre Wirksamkeit nur innerhalb der Familie zu entfalten vermag, autonomisch dahin modificirt werden, daß der Gläubiger eines Stammgutsbesitzers sich nur an das Stammgut halten dürfe. Gleichwohl wird die Vorschrift des §. 19 in den meisten Fällen thatsächlich richtig seyn; es liegt nämlich sehr nahe, daß das Familienhaupt, welches das Hausvermögen mit einer Schuld belastet, nicht sich persönlich mit seinem Privatvermögen, und seine Allodialerben obligiren, sondern nur das Hausvermögen belasten will, so daß der Gläubiger nur an dieses oder gar an die Früchte desselben, und sonst an nichts sich soll halten dürfen. Das wird, zumal da eine Vereinbarung mit dem Gläubiger auch über den Schuldentilgungsplan kaum unterlassen werden kann, fast immer, selbst wenn es in directen ausdrücklichen Worten nicht ausgesprochen wäre, aus der Gesammtheit aller Stipulationen bestimmt und unzweideutig sich ergeben; das würde gegenüber einem Gläubiger des Giech'schen Hauses, mit welchem auf Grund des Hausgesetzes contrahirt wurde, nach Maßgabe des §. 19 immer anzunehmen seyn, und wollte der Gläubiger dennoch persönliche Haftung des contrahirenden Familienhauptes, so hätte er sich das auszubedingen. Nur handelt es sich hier, das ist theoretisch und praktisch von gleich großer Bedeutung, nicht um einen durch die Familiengenossenschaft einseitig aufgestellten autonomischen Rechtssatz, sondern um eine Vereinbarung mit dem Gegencontrahenten, die irgendwie erkennbar seyn muß, und es

*) Vgl. Gerber, a. a. O. S. 200.

Digitized by Google

wäre demnach richtiger gewesen, den §. 19 statt der schlechthin befehlenden eine solche Fassung zu geben, daß er nur die Modalitäten ausdrückte, nach welcher das Familienhaupt (unter Zustimmung des Gläubigers) Schulden contrahiren wird.

Aus dem Titel über die Erbfolge ist nach dem schon in andern Beziehungen Hervorgehobenen hier nur noch Weniges mitzutheilen. Das Bedeutsamste ist, daß die Anordnungen über die Erbfolge sich durchaus als autonomische Rechtssatzungen, nicht als Anwendung des Rechtsinstitutes, des Familienfideicommisses darstellen; so werden sie in den Motiven zu §. 89 und 90 ausdrücklich aufgefaßt, auf diesen Standpunkt weist der §. 83 Abs. 2 hin, indem er für den Erwerb des Nachfolgers ohne Antretung, was sich bei dem Familienfideicommiß von selbst versteht, einen besondern Rechtssatz aufstellt. Im Einzelnen bemerke ich, daß in das Hausvermögen zunächst der gesammte Mannsstamm nach der Primogeniturordnung (§. 83), nach seinem Erlöschen die Cognaten in genau festgestellter Reihenfolge succediren und zwar die letztern so, daß bei dem Uebergang selbst kein Vorzug des Geschlechtes stattfindet, nach dem Uebergang aber in dem succedirenden Geschlecht wieder die agnatische Erbfolge Platz greift (§. 89). Der Gemahl einer succedirenden Tochter des Hauses, ebenso ein zur Erbfolge berufener männlicher Cognat des Hauses, der den Namen Giech noch nicht führt, hat mit landesherrlicher Genehmigung den Namen Giech seinem Stammnamen hinzuzufügen und seinem Wappen das altgiechische einzuverleiben, bei Verlust seines Rechtes (§. 90). Sind gar keine successionsfähigen Verwandten mehr vorhanden, so kann der letzte Besitzer durch Adoption eine Erbfolge begründen, in welchem Falle die eben erwähnten Vorschriften des §. 90 ebenfalls zur Anwendung kommen, oder der letzte Besitzer kann auch das gesammte Hausvermögen zu einer Stiftung unter dem Namen der Giech'schen verwenden, die in der Gegend, in welcher der größte Theil der Besitzungen sich befindet, zur Förderung von Zwecken des öffentlichen Nutzens (Wohlthätigkeit, Unterricht, kirchliche Zwecke) dienen soll, und eine eben solche Stiftung soll mit dem Hausvermögen auch dann nach Anordnung der betreffenden Landesbehörden errichtet werden, wenn der letzte Besitzer ohne letztwillige Verfügung stirbt (§. 91). Es leuchtet sofort ein, daß wir es hier wieder nicht mit autonomischen Rechtssätzen, sondern mit Rechtsgeschäften zu thun haben, die, insofern sie erst in

Digitized by Google

einer Zeit wirksam werden sollen, in welcher die Familie aufgehört haben wird zu existiren, nicht unter dem gewillkürten Recht der Familie, sondern unter dem allgemeinen Landesrecht stehen. Der letzte Besitzer, neben welchem gar keine successionsberechtigten Verwandten mehr vorhanden sind, kann unzweifelhaft das Hausvermögen zu einer Stiftung verwenden, aber nur nach Maßgabe der Staatsgesetze, und eben so gewiß ist es, daß schon jetzt durch das dermalige Familienhaupt mit Zustimmung der Anwärter eine derartige Anordnung getroffen werden darf, sey es eventuell nur für den Fall, wenn der letzte Besitzer nicht anders verfügen werde, sey es schlechthin, so daß eine entgegengesetzte Verfügung desselben ausgeschlossen ist; letzteres ist wohl der Sinn des Hausgesetzes. Eine solche Verfügung ist aber, wie auch die Motive anerkennen, nichts anderes als das nach dem allgemeinen Landesgesetze zu beurtheilende Rechtsgeschäft der fideicommissarischen Substitution des Inhaltes: wenn alle successionsberechtigten Glieder des Hauses Giech ausgestorben seyn werden und der letzte Besitzer keinen Stammgutsnachfolger adoptirt, auch nicht selbst das Hausvermögen zu einer Stiftung verwendet hat, soll dasselbe an eine damit zu gründende Stiftung (als juristische Person) übergehen. Der rechtlichen Gültigkeit einer solchen Disposition scheinen mir aber sehr erhebliche Bedenken entgegenzustehen. Vor allem wird nämlich dazu vorausgesetzt hinlänglich genaue Bezeichnung des bedachten Subjects, hier also der zu gründenden Stiftung, deren Individualisirung der Natur der Sache nach nur in ihrem Zweck gelegen seyn kann; die Zweckangabe, die Stiftung solle dem öffentlichen Nutzen dienen, halte ich aber für zu vag, als daß darin eine genügende Individualisirung derselben gefunden werden könnte. Man muß zwar den Motiven darin vollkommen beistimmen, daß es bedenklich sey, den Inhalt einer vielleicht erst in Jahrhunderten ins Leben tretenden Stiftung schon jetzt zu bestimmen; solange das aber nicht geschehen ist, ist auch die Stiftung noch nicht, und zwar nicht einmal eventuell begründet. Sie wird es erst durch Festsetzung ihres Inhaltes, die gemeinrechtlich nothwendig von demjenigen ausgehen muß, welcher die Stiftung bedenken und durch seine Zuwendung schaffen will; sie kann nicht einem andern, auch nicht den Landesbehörden, sey es als solchen, sey es als Testamentsvollstreckern, überlassen werden, da bei einem solchen Verfahren in der That und Wahrheit nicht

Digitized by Google

der Urheber der freigebigen Verfügung, sondern jener andere das bedachte Subject bestimmen würde.

Hier nach Mittheilung der äußerst vollständigen und sorgfältigen Vorschriften des Hausgesetzes über das ordentliche Hausvermögen wird, ehe wir den weitern Inhalt desselben kennen lernen, der Platz seyn, die Frage aufzuwerfen, wie es das Eigenthum an dem Hausvermögen auffaßt. Ist es s. g. Gesammteigenthum der als privatrechtliche Genossenschaft zu denkenden Familie, *) oder hat diese (als juristische Person) die Proprietät, das jeweilige Familienhaupt das Nutzeigenthum oder auch den Nießbrauch, **) oder steht endlich dem Stammgutsbesitzer das freilich im Interesse der Anwärter beschränkte Eigenthum zu? ***) Daraus daß die hochadelige Familie als Genossenschaft Autonomie ausübt, folgt, wie schon oben bemerkt wurde, nicht, daß sie auch privatrechtlich ein selbstständiges Rechtssubject sey, ich füge hier hinzu, daß ich die Frage, ob sie es sey, für jede einzelne Familie als eine offene betrachte. Die ihr zukommende rechtserzeugende Macht genügt, daß sie sich selbst den Charakter eines besondern Rechtssubjectes beilege. Der besondere Rechtssatz, welcher zur Hervorbringung jedes andern (künstlichen) Rechtssubjectes außer dem natürlichen Menschen allerdings vorausgesetzt wird, kann nie ein gesetzlicher oder gewohnheitlicher, ebenso auch ein autonomischer seyn, und wenn die Familie sich kraft ihrer Autonomie als juristische Person erklärte, so würde sie damit in keiner Weise die Gränzen der ihr zustehenden Gewalt überschreiten, die hier ja lediglich innerhalb der Familie geübt würde und mit keinem der autonomischen Abänderung entzogenen allgemeinen Rechtssatz in Widerspruch träte. Eine directe Antwort auf unsere Frage,

*) Beseler, Erbvertr. II. 2. S. 49 ff. S. 56. Derf. Syst. III. §. 172. S. 33. 35. — Bluntschli, deutsches Priv.-R. I. §. 68. S. 335. vergl. §. 39 S. 143 — 145.

**) Kohler, Handbuch des deutschen Priv.-Fürst.-Rs. 7 §. 69. — v. Salza u. Lichtenau, Lehre von Fam.-, Stamm- und Geschlechtsfideic. §. 84. — Preuß. Landr. II. 4. §. 72 u. 73. — Oestr. Ges. B. §. 629. 630. — Bair. Edict v. 1818. §. 42.

***) Dunker, das Gesammteigenthum. S. 131. 137. — Bluntschli, a. a. O. §. 68. S. 334; Gerber, Beitr. z. Lehre vom deutschen Fam.-Fideic. in Jahrb. f. Dogmatik d. Priv.-R. I. S. 74 — 78 u. System. §. 84. S. 202.

Digitized by Google

ob die Familie als selbstständiges privatrechtliches Rechtssubject gedacht sey, enthält nun unser Hausgesetz nicht, für die Bejahung ließen sich etwa §. 4 und noch mehr die Motive dazu anführen, wo die gewöhnliche Auffassung (?), die Familie sey Eigenthümerin, das jeweilige Familienhaupt Verwalter und Nießbraucher, gebilligt zu werden scheint; von der Verneinung ist noch entschiedener ausgegangen in §. 89—91 und den dazu gehörenden Motiven, wo ausdrücklich anerkannt wird, daß nach Wegfall aller Successionsberechtigten und in Ermangelung besonderer positiver Anordnungen der letzte Besitzer freier Eigenthümer geworden sey. Schon dieser Mangel einer bestimmten und präcisen Entscheidung des Hausgesetzes muß gegen die Annahme stimmen, es sey die Familie zu einem selbstständigen Rechtssubjecte erklärt, da dieß eben etwas besonderes, aus der einfachen Natur der Dinge sich nicht von selbst ergebendes ist, um so mehr als jene Annahme aus allgemeinen juristischen Gründen theils als gekünstelt und bedenklich, theils als ungenügend für die Erklärung des zu Erklärenden sich darstellt *). Daß vielmehr nach dem Hausgesetze das jeweilige Familienhaupt als der wirkliche, wenn gleich im Interesse der Anwärter mehrfach beschränkte Eigenthümer aufgefaßt werden muß, ergibt sich aus mehreren Vorschriften derselben mit voller Sicherheit. Das Entschiedenste ist wohl, daß der letzte Besitzer nach Wegfall aller successionsberechtigten Verwandten dadurch als voller Eigenthümer anerkannt wird, daß ihm gestattet ist das Hausvermögen einer Stiftung als juristischer Person und zwar selbstverständlich zu vollem Eigenthum zuzuwenden; es ist dabei gleichgültig, ob man die weitere hausgesetzliche Bestimmung, eine solche Stiftung solle auch in Ermangelung einer Anordnung des letzten Besitzers oder vielleicht sogar im Widerspruch mit anderweitigen testamentarischen Verfügungen desselben errichtet werden, für gültig hält oder nicht, jedenfalls ist doch immer der letzte Besitzer als voller Eigenthümer des Hausvermögens anerkannt, ohne daß auch nur eine Spur sich fände von einer Succession desselben in die Rechte der weggefallenen Familie; die innere Fülle des Eigenthums muß also von vornherein in der Hand des jeweiligen Familienhauptes gelegen seyn, daß dasselbe bei Wegfall der durch die Rechte dritter veranlaßten Be-

*) Vgl. Dunker, Bluntschli, Gerber, a. a. O.

Digitized by Google

schränkungen sich von selbst in seinem ganzen Umfange entfalten kann. Nicht minder charakteristisch sind aber auch die Vorschriften über Veräußerungen; soweit solche überhaupt zulässig sind, gehen sie von dem Familienhaupte aus; in einer Reihe von Fällen handelt dieses allein, in andern ist es zwar an die Zustimmung der Anwärter gebunden, aber bei grundlosem Widerspruch derselben setzt es durch Urtheil des Schiedsgerichts sein Recht zur Veräußerung trotz jener Opposition durch; dagegen können umgekehrt die Anwärter nie das Familienhaupt zu einer Veräußerung, selbst nicht unter Vorbehalt seiner persönlichen Genußrechte, nöthigen; in allem dem stellt sich der Stammgutsbesitzer sehr bestimmt als der wirkliche, wenn gleich beschränkte Eigenthümer dar. Das alsbaldige Vindicationsrecht aller Anwärter wegen widerrechtlich veräußerter Sachen läßt sich dagegen nicht anführen; dasselbe kann, da sie unzweifelhaft nicht selbst Eigenthümer sind, auch nicht jeder Einzelne für sich ohne weiteres als Vertreter der Familie gelten kann, jedenfalls nur durch einen positiven Rechtssatz erklärt werden, der jeden einzelnen Anwärter zur Klaganstellung legitimirt. Das materielle Motiv dieses Rechtssatzes mag immerhin neben dem persönlichen Interesse des Anwärters an der sichern Erhaltung des eventuellen auch ihm zufallenden Hausvermögens, gegen welches er sogar jetzt schon Ansprüche haben kann, auch in der Rücksicht auf das Geschlecht im Ganzen gelegen seyn; daraus folgt aber nicht, daß dieses formell als juristische Person und Eigenthümer, und jeder einzelne Anwärter als dessen Vertreter gedacht wird; ja diese Annahme wird direct dadurch ausgeschlossen, daß die Anwärter im Fall ihrer persönlichen Einwilligung in die anzufechtende Veräußerung ihr Vindicationsrecht verlieren, ein Beweis, daß sie es als eigenes, von ihnen möglicherweise aufzugebendes Recht haben. Eher könnte man in die Vorschrift, daß für Hausschulden das Privatvermögen des Familienhauptes, selbst des ursprünglich contrahirenden, regelmäßig nicht haften solle, eine Bestätigung der Annahme finden, die Familie werde als juristische Person und Subject des Hausvermögens und demnach auch bei Hausschulden als die eigentliche Schuldnerin gedacht. Eine solche Auffassung der fraglichen Bestimmung ist allerdings möglich, und bei ihr würden sogar die Bedenken wegfallen, welche oben gegen den strengen Wortlaut derselben geltend gemacht wurden; gleichwohl scheint sie mir nicht zu

Digitized by Google

billigen, weil nach ihr ein Widerspruch mit den andern Vorschriften entstände, in welchen, wie ausgeführt, der Stammgutsbesitzer als Eigenthümer des Hausvermögens sich darstellt. Ist überdieß die obige Auslegung des Hausgesetzes richtig, daß das Familienhaupt trotz des Widerspruches der Anwärter nach Entscheidung des Schiedsgerichtes das Hausvermögen mit Schulden belasten darf, so würde er auch darin wieder als der eigentliche Herr desselben sich darstellen, und es würde jede Möglichkeit wegfallen aus den Vorschriften über die Hausschulden die juristische Persönlichkeit der Familie und daß ihr das Eigenthum an dem Hausvermögen zustehe, zu deduciren. — Das Hausvermögen soll nicht dem Familienhaupte allein, sondern der ganzen Familie unter einer höhern von dieser ausgehenden Gewalt dienen; das ist unverkennbar, und es ist sehr begreiflich, wie man dazu kommen konnte, diesem Gedanken den juristischen Ausdruck zu geben, das höhere Privatrecht (Eigenthum, Obereigenthum ꝛc.) stehe der Familie im Ganzen zu, die darnach als besonderes privatrechtliches Rechtssubject aufgefaßt werden mußte. Ein solches höheres Privatrecht der Familie über dem des Stammgutsbesitzers tritt aber einerseits mit den diesem nothwendig und wirklich zustehenden Rechten vielfach in Widerspruch, und genügt andererseits doch nicht, um alles wirklich Vorkommende zu erklären. Jene höhere Gewalt, welche der Familie wirklich zukommt, in deren Uebung sie sich als Einheit manifestirt und durch welche sie das Hausvermögen ihren gemeinsamen Zwecken dienen macht, ist vielmehr die Autonomie, kraft welcher sie für jenes Gesetze vorschreibt, um es allen Familiengliedern, wenn gleich in verschiedenen Beziehungen, nutzbar zu machen.

Die bedeutsamste Schöpfung dieses Familiengesetzes ist die s. g. Geschlechtsstiftung, d. h. eine mit äußerster Sorgfalt und Umsicht getroffene Anordnung zur Versorgung der Frauen und der noch nicht zur Succession gelangten Männer in der Familie (§. 21—70). Im Einzelnen sind nach dem Hausgesetz folgende derartige Ansprüche begründet: Ein Witthum kommt zu den Gemahlinnen der Familienhäupter, den Gemahlinnen der Erbgrafen und der erstgeborenen Söhne von Erbgrafen, den Gemahlinnen der präsumtiven Stammgutsnachfolger, d. h. der in Ermangelung von Descendenten des Familienhauptes zunächst zur Succession berufenen Anwärter, sofern sie vom Familienhaupte als

Digitized by Google

präsumtive Nachfolger ausdrücklich anerkannt sind, oder dieses bereits das 60. Lebensjahr zurückgelegt hat oder unter Curatel steht, endlich den Gemahlinnen anderer Anwärter, welche sich zur Erhaltung des Mannsstammes nach dem Wunsch der Familie vermählt haben (§. 36. 44. 103. 104). Bei den an männliche Familienglieder zu prästirenden Reichnissen unterscheidet das Hausgesetz die von ihm s. g. Unterhaltsbeiträge und die Apanagen; die erstern sind im Interesse der Erhaltung der Familie solchen einzelnen Gliedern derselben gewährt, die kraft ihrer Stellung eine besondere Bedeutung für das Geschlecht im Ganzen haben, die zweiten dienen wesentlich als Entschädigung für den Ausschluß von der Stammgutsnachfolge, derselbe Gesichtspunkt, welcher auch den Deputaten und Ausstattungen zu Grunde liegt, die das Hausgesetz den Töchtern bewilligt. Unterhaltsbeiträge kommen nur zu dem Erbgrafen, dem präsumtiven Stammgutsnachfolger und solchen andern Anwärtern, welche sich nach dem Wunsche der Familie zur Erhaltung des Mannsstammes vermählt haben (§. 44. 104). Apanagen beziehen die nachgeborenen Söhne der Familienhäupter und die sämmtlichen Söhne der Erbgrafen (§. 49); endlich Deputate sind ausgesetzt den Töchtern von Familienhäuptern und Erbgrafen für die Dauer ihres ledigen Standes, während sie bei ihrer Vermählung Ausstattung und Heirathsgut erhalten (§. 54. 59). Es ist jedenfalls ein wesentliches juristisches Verdienst des Hausgesetzes, den Kreis der überhaupt berechtigten Personen genau bestimmt zu haben; daß er nicht weiter ausgedehnt werden konnte, leuchtet ein, wenn man erwägt, wie leicht selbst bei den gegebenen Bestimmungen die Zahl der gleichzeitig berechtigten Personen eine ziemlich große, die Belastung des Hausvermögens also eine sehr starke werden kann. Die Unmöglichkeit, alle Nachgeborenen zu versorgen, ist eines der dringendsten Motive, deren Stellung überhaupt zu ändern; und gelänge das, so wäre es vielleicht möglich, alle zu bloßem, häufig genug freilich kärglichem Genuß einladenden Apanagen zu streichen und statt derselben einem weiteren Kreise nachgeborener Söhne bei erreichter Selbstständigkeit ein für allemal eine Abfindung zu gewähren zu Erleichterung der Begründung einer selbstständigen Existenz in andern Lebenskreisen. — Höchst glücklich ist der Gedanke, alle Ansprüche der unterstützungsberechtigten Personen nicht nach fixen Summen, sondern nach Quotentheilen der reinen Stammguts-

Digitized by Google

rente zu bestimmen, deren Betrag zu diesem Zweck von 6 zu 6 Jahren nach dem durchschnittlichen Rechnungsergebniß der abgelaufenen sechsjährigen Verwaltungsperiode festgestellt und dann für die Dauer der neuen Verwaltungsperiode der Berechnung aller einzelnen Reichnisse zu Grunde gelegt wird (§ 35). Es ist unverkennbar für den Stammgutsbesitzer wie für die ihm gegenüber stehenden Familienglieder durchaus gerecht und billig, daß mit dem Wachsen oder der Minderung der Stammgutsrente auch die Ansprüche der Versorgungsberechtigten steigen oder fallen; ja ein entschiedenes Mißverhältniß zwischen beiden, wie es bei Bestimmung der letztern nach fixen Summen über lang oder kurz fast unvermeidlich eintreten wird, ist auf die Dauer bei einer Minderung des Stammguteinkommens thatsächlich unmöglich zu ertragen, bei einer Erhöhung desselben wenigstens in offnem Widerspruch mit den Forderungen des die ganze Einrichtung tragenden und belebenden Familiengemeinsinnes. Die einzelnen Witthümer, Apanagen ꝛc. sind, nach Verschiedenheit der Verhältnisse zweckmäßig abgestuft, alle in sehr liberaler Weise zugemessen; ohne hier den sehr detaillirten Vorschriften des Hausgesetzes zu folgen, bemerke ich nur, daß ein Witthum sich im höchsten Falle auf $1/12$, im niedrigsten auf $1/20$ der reinen Stammgutsrente beläuft (§. 37); die Unterhaltsbeiträge schwanken zwischen $1/10$ und $1/25$ (§. 45), die Apanagen zwischen $1/12$ und $1/25$ (§. 50), die Deputate zwischen $1/25$ und $1/30$ (§. 55) jener Größe, Ausstattung und Heirathsgut zusammen sind immer auf $1/5$ derselben festgesetzt (§. 59). Zu den Geldpensionen kommen in einigen Fällen, bei Witthümern und bei Apanagen und Deputaten unvermählter Familienglieder auch noch Naturalbezüge, namentlich ein Wohnungsrecht und unter Umständen auch ein Anspruch auf gewisse Quantitäten Holz um ermäßigten Preis. (§. 37 — 39. 53. 57). Für alle Fälle sind die Voraussetzungen, unter denen das Recht eintritt und wieder erlischt, sowie die übrigen Modalitäten derselben genau bestimmt (§. 40. 46. 48. 51. 52. 56).

Die bloße Anerkennung und nähere Bestimmung des Rechts der Frauen und Nachgeborenen auf Witthümer, Apanagen u. s. w. ist eine einfache und leichte Sache; das durch Herkommen und hundert Vorbilder im Allgemeinen Bestimmte ist nur den Verhältnissen der einzelnen Familie anzupassen; weit schwieriger war es für die sichere Erfüllung jener Ansprüche Garantien zu finden und

Digitized by Google

gleichzeitig das Familienhaupt gegen Ueberbürdung mit allzu schweren Lasten zu schützen. In beiden Beziehungen lassen weitaus die meisten Hausgesetze sehr viel zu wünschen übrig, um so größer ist das Verdienst des vorliegenden, durch äußerst glücklich ersonnene Einrichtungen für leichte und sichere Abtragung jener Lasten Sorge getroffen und damit die innere Entwickelung des Güterrechts des hohen Adels sehr wesentlich gefördert zu haben. Das Giech'sche Hausgesetz erreicht das vorgesteckte Ziel dadurch, daß ein bestimmter Theil des Hausvermögens, der immerhin ein Bestandtheil desselben verbleibt (§. 2. D.), unter dem Namen „Geschlechtsstiftung" von dem übrigen ausgesondert und ausschließlich zur Zahlung der Witthümer ꝛc. bestimmt ist; aus dieser Geschlechtsstiftung allein, nicht auch aus dem übrigen, unter allen Umständen dem Familienhaupte verbleibenden Hausvermögen, werden alle fraglichen Lasten bestritten (§. 21. vgl. 33), ihre Erträgnisse umgekehrt fallen nicht wie andere Früchte des Stammguts dem Besitzer desselben zu, sondern werden, soweit sie zur Abtragung der Kosten nicht erforderlich sind, capitalisirt und mit dem Hauptfond vereinigt (§. 22. III. §. 31). Wenn der Ertrag der Geschlechtsstiftung zur Befriedigung aller gegen dieselbe bestehenden Ansprüche nicht genügt, so wird ihr Fond selbst angegriffen (§. 33), ein Fall erlaubter Veräußerung aus dem Hausvermögen (§. 10); der Gefahr aber, daß solchergestalt die Geschlechtsstiftung allmählich aufgezehrt werde, ist durch stätige ihr zugewiesene Einnahmen vorgebeugt. Sie erhält nämlich die Hälfte der aus ihr gegebenen Reichnisse bei dem Tod der Empfänger aus deren Nachlaß zurück, sofern dieselben unvermählt oder verwittwet ohne Hinterlassung von Kindern sterben (§. 22. II. §. 27), und es muß das Familienhaupt, sofern ihr Fond unter den Betrag von 400,000 fl. herabsinkt, jährlich $\frac{1}{10}$ — $\frac{2}{5}$ der reinen Stammgutsrente an sie überlassen, je nach dem sie weniger oder mehr von jener Normalsumme sich entfernt hat (§. 22. I. §. 24. 25). Endlich wird gleich jetzt, um das im Genuß des Familienhauptes verbleibende Hausvermögen und die daraus fließende Rente nicht für immer bedeutend zu schmälern und den Uebergang in das neue Verhältniß zu erleichtern, die Geschlechtsstiftung nicht durch Zuweisung bestimmter Summen aus dem Hausvermögen an sie, sondern dadurch realisirt, daß das dermalige Familienhaupt jährlich bis zu seinem Tode eine fixe

Summe aus den Erträgnissen des Stammgutes, und daß seine Nachfolger, bis sie die Summe von 400,000 fl. erreicht haben wird, jährlich $^2/_5$ — $^1/_{10}$ der reinen Stammgutsrente an sie überlassen (§. 24—26). — Der große Vortheil für den Stammgutsbesitzer bei dieser Einrichtung ist trotz der allerdings bedeutenden Opfer, die er unter Umständen bringen muß, der, daß er gegen plötzlich anwachsende und illimitirte Ansprüche gesichert ist; es verbleiben ihm selbst im schlimmsten Falle $^3/_5$ der reinen Stammgutsrente außer allem Streit, ohne daß er je in die Lage kommen kann, mit einer hoch angewachsenen Zahl von Versorgungsberechtigten über den ihm zu reservirenden Theil der Stammgutsfrüchte markten zu müssen. Es ist ein hoher Gewinn für die Würde des Familienhauptes, für den Frieden innerhalb der Familie, für die gegen überraschende unmäßige Lasten gesicherte Verwaltung des Hausvermögens, daß dem Familienhaupte unter allen Umständen die größere Hälfte des Reinertrags gesichert ist, während bei einer Anweisung der hausgesetzlichen Versorgungen auf das Hausvermögen direct das Familienhaupt gegen den kleineren Vortheil, zeitweise sehr wenig leisten zu müssen, die ungleich schlimmere Gefahr zu übernehmen hat, zu andern Zeiten einen ganz unverhältnißmäßigen Theil seines Einkommens für jene Versorgungen verwenden oder, soweit dieß thatsächlich unausführbar ist, sich mit den Bezugsberechtigten in ein für alle Theile gleich mißliches Handeln über die Größe ihrer Bezüge einlassen zu müssen. Für die Versorgungsberechtigten andererseits ist die Geschlechtsstiftung von ganz greifbarem Vortheil; sie erlangen durch dieselbe neben ihrem Recht für die Erfüllung desselben eine thatsächliche Garantie, wie sie bei keiner andern Einrichtung möglich ist; ihren Ansprüchen stehen bestimmte, durch das Familienhaupt unangreifbare Befriedigungsmittel gegenüber, die in Zeiten mäßiger Belastung des Hausvermögens durch angesammelte Ersparnisse sich steigern, so daß sie später selbst sehr bedeutenden Anforderungen zu genügen vermögen. Und selbst das ist ein Gewinn für die Versorgungsberechtigten, daß sie den höchsten Betrag des ihnen zusammen zu Prästirenden voraus genau kennen; läßt also der Personalbestand der Familie besorgen, daß die Mittel der Geschlechtsstiftung selbst unter Zuzug von $^2/_5$ der reinen Stammgutsrente einmal zur Befriedigung aller hausgesetzlichen Ansprüche nicht ausreichen könnten,

Digitized by Google

so kann jedes Familienglied schon zum voraus für eine solche Eventualität sich einrichten und sich damit traurige Enttäuschungen ersparen. Stammgutsbesitzer und Versorgungsberechtigte wissen genau, worauf sie im besten und im schlimmsten Falle zu rechnen haben, die erste Voraussetzung zu einer zweckmäßigen, wirthschaftlichen Einrichtung.

Juristisch endlich ist die Situation des Familienhauptes sowie die der Versorgungsberechtigten höchst einfach. Anstatt wie es jenem an und für sich zukäme, alle Früchte des gesammten Hausvermögens beziehen zu dürfen, ist ihm kraft Gesetzes der Genuß der Summe, welche zur Geschlechtsstiftung gehört, schlechthin und, sofern diese Summe weniger als 400,000 fl. beträgt, überdieß $^1/_{10}$ — $^2/_5$ des reinen Ertrags des sonstigen Hausvermögens entzogen. Die Versorgungsberechtigten aber haben kraft (Haus-) Gesetzes ein Forderungsrecht gegen den Stammgutsbesitzer als solchen; (vgl. Gerber über Lehns- und Fideic.-Schulden a. a. O. S. 191 — 194) und zwar haften ihnen die Erträgnisse der Geschlechtsstiftung, Capitalbestand derselben und nöthigenfalls bestimmte Quotentheile der reinen Stammgutsrente, nicht aber der Rest des Hausvermögens und seiner Revenüen, noch weniger das Allodialvermögen des Familienhauptes. Letzteres würde analog, wie es dann haftet, wenn aus den Einkünften des Hausvermögens die planmäßigen Verzinsungen und Abschlagszahlungen auf Hausschulden nicht geleistet wurden (§. 18), nur dann in Anspruch genommen werden können, wenn das Familienhaupt die Früchte des gesammten Hausvermögens inclusive der Geschlechtsstiftung seinem Privatmögen einverleibt hätte, ohne den Ertrag der Geschlechtsstiftung und eventuell den hausgesetzlich bestimmten Quotentheil seiner reinen Stammgutsrente für die Geschlechtsstiftung und deren Zwecke zurückgelassen zu haben.

Der Geschlechtsstiftung sind, wie bereits erwähnt, ständig wiederkehrende Zuflüsse auch dadurch zugewendet, daß ihr aus dem Nachlaß der aus ihr bedachten Personen, sofern diese unvermählt oder verwittwet ohne Hinterlassung von Leibeserben gestorben sind, die Hälfte dessen, was diese Personen während ihres Lebens aus ihr empfangen hatten, wieder zu vergüten ist (§. 27. 28). Die Vorschrift ist in dem Hausgesetz selbst damit treffend motivirt, daß die aus der Geschlechtsstiftung gewährten Reichnisse die aus-

Digitized by Google

schließliche Bestimmung haben, den Familiengliedern einen der Würde des Hauses entsprechenden Unterhalt zu sichern, ein Zweck, der mit dem Ableben des betreffenden Familiengliedes erreicht ist, weßhalb nun, um die Geschlechtsstiftung den Anforderungen der folgenden Generationen um so mehr gewachsen zu erhalten, die Hälfte des Empfangenen aus dem Nachlaß des Empfängers an sie zurückfällt, mag dieser Nachlaß aus den Reichnissen selbst oder anders woher gesammelt seyn (§. 27. 28), und die Bestimmung kann um so weniger hart erscheinen, als dem Ehegatten und den Leibeserben des Verstorbenen ihre näheren Ansprüche vor der Geschlechtsstiftung vorbehalten bleiben. Der Anspruch dieser beruht unmittelbar auf dem (Haus-) Gesetz. Zwar die Vorschrift des §. 30, wornach in allen Eheverträgen der unter §. 27 fallenden männlichen Familienglieder von der Verlobten die fragliche Berechtigung der Geschlechtsstiftung ausdrücklich anerkannt werden muß, ließe sich für die andere Ansicht anführen, der Rückfall beruhe auf der nur bedingungsweise geschehenden Zuwendung aus der Stiftung; allein damit würde der Rückfall immer auf eine wenn auch nur stillschweigende Vereinbarung zurückgeführt, während er offenbar schlechthin und ganz abgesehen von dem Willen des Empfängers eintreten soll, z. B. auch dann, wenn dieser bei dem Empfang ausdrücklich gegen den dereinstigen Rückfall der Hälfte protestirt oder in völlig entschuldbarer Weise nichts von den betreffenden hausgesetzlichen Vorschriften gewußt hätte. Die Anerkennnng der fraglichen Berechtigung der Geschlechtsstiftung durch die Gemahlinnen der unter §. 27. fallenden männlichen Familienglieder ist nicht Voraussetzung jener Berechtigung, sondern nur eine Vorsichtsmaßregel, ähnlich wie der durch §. 88 trotz der hausgesetzlich angeordneten agnatischen Erbfolge anbefohlene Verzicht der Frauen. Es ist vielmehr von selbst kraft (Haus-) Gesetzes mit dem Empfang eines Reichnisses aus der Geschlechtsstiftung die Verbindlichkeit verknüpft, unter gewissen Voraussetzungen die Hälfte des Empfangenen aus dem Nachlaß des Empfängers wieder an die Stiftung zurück gelangen zu lassen, und die rechtliche Möglichkeit, durch das Hausgesetz einen derartigen Rechtssatz aufzustellen, ist nicht zu bezweifeln, da er sich nur auf die Familienglieder als solche, also auf den der Familienautonomie unterworfenen Kreis von Personen bezieht und mit höhern Rechts-

Digitized by Google

principien nicht im Widerspruch steht. Das Recht der Geschlechtsstiftung auf den Rückfall der Hälfte des aus ihr Empfangenen ist, wie die Gründe dieses Rechtes mit Nothwendigkeit es erheischten, nur gegen den Nachlaß des Empfängers begründet, mit dessen unter den hausgesetzlichen Voraussetzungen erfolgtem Tod es allererst entsteht. Darnach ist es auch durchaus consequent, daß die Rückvergütung nur dann eintritt, wenn der Empfänger bis zu seinem Tod der Geschlechtsstiftung gegenüber in der Lage eines Bezugsberechtigten geblieben war, also z. B. nicht Platz greift hinsichtlich dessen, was eine Wittwe als Witthum, eine Tochter des Hauses als Deputat, ein Erbgraf oder präsumtiver Stammgutsnachfolger als Unterhaltsbeitrag und Apanage erhalten hat, sofern jene erst nach ihrer Wiederverheirathung, die zweite nach ihrer Verheirathung, die letzten erst, nachdem sie zur Succession in das Stammgut gelangt waren, verstorben. In allen solchen Fällen sind in dem Augenblick des Todes des Empfängers, wo das Recht der Geschlechtsstiftung nach der Natur seines Grundes erst entstehen kann, seine Voraussetzungen nicht mehr vorhanden. Im übrigen ist jenes Recht ein einfaches Forderungsrecht und geht deßhalb nicht bloß allen letztwilligen Verfügungen, sondern auch jeder gesetzlichen Erbberechtigung vor, während es allerdings nach einer sehr verständigen Billigkeit hinter den andern Forderungen an den Nachlaß zurücksteht (§. 28).

Zur weiteren Charakterisirung der äußerst sinnreichen Organisation der Geschlechtsstiftung ist noch zu bemerken, daß sie zwar einen Bestandtheil des Hausvermögens bildet und mithin an allen rechtlichen Eigenthümlichkeiten desselben Theil nimmt, oder doch innerhalb desselben als eine besondere Anstalt besteht, so daß namentlich ihre Mittel schlechthin zu keinen andern als den hausgesetzlich angeordneten Zwecken verwendet werden dürfen (§. 61. Abs. 1). Die Einkünfte der Geschlechtsstiftung, d. i. die Zinsen ihres Capitalfonds, die ihr etwa gebührenden Zuflüsse aus der reinen Stammgutsrente und die Rückvergütungen aus dem Nachlaß der aus ihr bedachten Personen, werden, insoweit sie nicht sofort zur Erfüllung der Obliegenheiten der Geschlechtsstiftung erforderlich sind, von dem Familienhaupte als Herrn des gesammten Hausvermögens übernommen und wie andere Bestandtheile desselben nutzbar verwendet, sey es durch Anlage in Grundstücken

Digitized by Google

oder Werthpapieren, durch Melioration bereits vorhandener Sachen, durch Abtragung von Schulden ꝛc. ꝛc. (§. 31, vgl. 71), der Geschlechtsstiftung werden vom Tag der Uebernahme an für ihre Capitalien 4% Zinsen vergütet (§. 31 Abs. 4), und derjenige Theil des Hausvermögens, der nicht Geschlechtsstiftung ist, hat letzterer für alle etwaigen Verluste zu haften (§. 31 Abs. 6. §. 61 Abs. 2). Wenn damit zwischen der Geschlechtsstiftung und dem übrigen Hausvermögen ein Verhältniß begründet erscheint, wie zwischen Gläubiger und Schuldner, ein Bild dessen sich auch die Motive zu §. 31 einmal gelegentlich bedienen, so ist das nur ein Schein; die erste ist ja nur ein Theil des zweiten, eine Obligatio zwischen beiden also unmöglich. Die Sache liegt vielmehr einfach so: der Fond der Geschlechtsstiftung besteht nicht in bestimmten einzelnen, reell ausgeschiedenen Sachen des Hausvermögens, sondern er ist ein abstracter lediglich nur berechneter Werth; er kann in der Wirklichkeit in bestimmten einzelnen Grundstücken, Werthpapieren ꝛc. ꝛc. oder auch in den auf andere Grundstücke gemachten Verwendungen, in der mittelst seiner bewirkten Befreiung von Schulden u. s. w. stecken; in allen Fällen ist aber seine wirkliche Verwendung ganz gleichgültig, er wird immer in der Art als productiv gedacht, daß er 4%, nicht mehr und nicht weniger ertrage; m. a. W. 4% desjenigen, möglicherweise in den verschiedensten einzelnen Stücken des Hausvermögens steckenden Werthes, welcher die Geschlechtsstiftung ausmacht, sind zu deren Zwecken zu verwenden, resp. ihr als Capitalwerth zuzuschreiben. Damit erklärt sich auch die weitere hausgesetzliche Vorschrift, daß alle casuellen Verluste von dem Hausvermögen allein, im Gegensatz zur Geschlechtsstiftung zu tragen sind, da letztere nur in einem abstracten Werth besteht, bei dem casuelle Verluste undenkbar sind. — Im übrigen kann man die ganze hier dargelegte Organisation der Geschlechtsstiftung nur eine äußerst glückliche nennen, sie gewährt nach allen Seiten hin die größten Vortheile. Nicht nur ist damit, wie wir eben gesehen haben, den Versorgungsberechtigten die größtmögliche Sicherheit gewährt, es ist überdieß die Verwaltung des Stiftungsvermögens ungemein vereinfacht, indem sie mit der des gesammten Hausvermögens zusammenfällt und nur die Führung zweier Rechnungen, nicht zweier Cassen erheischt (§. 31. Abs. 5). Ja jede andere Art der Organisation der Geschlechtsstiftung, als die wirklich ge-

Digitized by Google

wählte, würde dieselbe mehr oder minder ihrer Idee entfremdet haben. Die zu lösende Aufgabe ist die, die Versorgung der nicht succedirenden Familienglieder aus dem Hausvermögen zu sichern; die Geschlechtsstiftung durfte also nicht zu einer eigentlichen Stiftung als juristische Person erhoben und mit einem besondern, von dem Hausvermögen rechtlich völlig getrennten Vermögen ausgestattet werden. Auch so zwar wären die Versorgungsberechtigten, soweit die Mittel der Stiftung reichten, gesichert gewesen, aber zwischen dem Hausvermögen und dem zur Versorgung der Nichtsuccedirenden bestimmten Fond bestände keine weitere Verbindung, als daß dieser aus jenem hervorgegangen und etwa unter gewissen Voraussetzungen zu ferneren Bezügen aus denselben berechtigt wäre; die innere Einheit zwischen beiden Vermögensmassen wäre zerrissen, die Geschlechtsstiftung könnte füglich nicht durch das höchstens nur als ihr Schuldner an ihr interessirte Familienhaupt vertreten werden, das ihr fremd gegenüber stehende eigentliche Hausvermögen bestände nur noch in dem rein einseitigen Interesse des Besitzers, es hätte seine höhere Bestimmung eingebüßt, zusammenhaltendes Band der ganzen Familie, unwandelbare Grundlage der äußeren Stellung aller ihrer einzelnen Glieder zu seyn. Ganz dieselben Nachtheile würden endlich thatsächlich, wenngleich in andern juristischen Formen, auch dann eingetreten seyn, wenn das Stiftungsvermögen zwar als ein Bestandtheil des Hausvermögens überhaupt, aber nicht als ein bloß abstracter Werth aufgefaßt, sondern in bestimmten, reell von dem übrigen Hausvermögen ausgeschiedenen Sachen dargestellt worden wäre.

Die Verwaltung des Stiftungsvermögens, das als ein abstracter Wunsch in den verschiedensten einzelnen Bestandtheilen des Hausvermögens dargestellt seyn kann, fällt danach mit der Verwaltung dieses Hausvermögens überhaupt zusammen und wird durch die dazu bestimmten Organe unter der obersten Leitung des Familienhauptes geführt (§. 31. 61. 62). Diesem gegenüber ist die Geschlechtsstiftung theils schon durch die allgemeinen hausgesetzlichen Vorschriften über die Erhaltung und Verwaltung des Hausvermögens gesichert, zumal da die Beamten bei ihrer Beeidigung namentlich auf ihre Pflichten in Betreff der Geschlechtsstiftung aufmerksam zu machen sind (§. 110), andererseits ist aber auch eine besondere Curatel der Geschlechtsstiftung angeordnet, welche

Digitized by Google

aus dem Familienhaupte als Vorstand, dem ältesten volljährigen Anwärter und einem dritten gewählten Mitgliede besteht (§. 63—65), und welche in einer genau bestimmten Weise den pünktlichen Vollzug aller hausgesetzlich über die Geschlechtsstiftung getroffenen Vorschriften zu überwachen hat (§. 66).

In dem übrigens sehr unwahrscheinlichen Falle, daß und so lange als die Mittel der Geschlechtsstiftung zur Befriedigung aller hausgesetzlich begründeten Ansprüche nicht ausreichen, müssen die Bezugsberechtigten sich einen Abzug gefallen lassen; die natürliche Consequenz davon, daß sie mit ihren Ansprüchen auf die Geschlechtsstiftung allein angewiesen sind, um in richtiger Würdigung des Wesens und der Bestimmung eines adeligen Hausvermögens dem Familienhaupte unter allen Umständen einen angemessenen Theil des Hausvermögens frei zu erhalten. Jener Abzug trifft nicht nothwendig alle Bezugsberechtigten pro rata, sondern er kann, da die Familie sich immer als sittliche Gemeinschaft fühlen soll, nach Beschluß der Stiftungscuratel auch den Einzelnen, die ihn am leichtesten zu tragen vermögen, allein gemacht werden, und er trifft schon kraft Gesetzes nicht die Ausstattung und das Heirathsgut, die in solcher Zeit fällig werden, um bei dieser nur einmaligen Prästation die Berechtigten nicht allzu hart und unwiederbringlich unter vorübergehenden Verhältnissen leiden zu lassen (§. 33). Wenn umgekehrt — eine viel näher liegende Wahrscheinlichkeit — die Geschlechtsstiftung so anwächst, daß sie mehr als das durch das Hausgesetz ihr Zugemuthete zu leisten vermag, so kann durch einfachen Mehrheitsbeschluß der Curatoren der Geschlechtsstiftung und sämmtlicher Anwärter einzelnen Familiengliedern eine Unterstützung aus jener bewilligt werden. Wer sie erhalten soll, so wie Größe und Modalitäten derselben sind durchaus der concreten Beschlußfassung überlassen. Es entsteht vorkommenden Falles für den Betreffenden ein Anspruch nicht kraft (Haus-) Gesetzes, sondern durch Bewilligung von Seiten derjenigen, welche das Hausgesetz ermächtigt hat, das Hausvermögen, beziehungsweise die Geschlechtsstiftung in der fraglichen Art wie sonst, z. B. mit eigentlichen Hausschulden, zu belasten, und so wird auch in den Fällen, in welchen durch die neue Bewilligung für das Familienhaupt nicht nur die Möglichkeit künftiger Opfer näher gerückt, sondern ihm unmittelbar ein Opfer auferlegt würde, ganz consequent dessen persönliche Zustimmung ge-

Digitized by Google

fordert (§. 60). Endlich ist die Geschlechtsstiftung, in welcher sich die umfassendste, gleichmäßige Sorge für alle Glieder der Familie recht eigentlich verkörpert hat, in höchst sinniger Weise auch dazu benutzt, um bei dem Uebergang des Hausvermögens an den Weiberstamm den nächsten dabei ausgeschlossenen Frauen und Cognaten eine diesen Ausschluß vergütende Entschädigung zu gewähren. Dieselben erhalten nämlich einen bestimmten Bruchtheil der Geschlechtsstiftung in ihr Privatvermögen, so daß fortan das Hausvermögen, resp. die Geschlechtsstiftung um jenen Betrag vermindert ist, während im Uebrigen die letztere nicht bloß erhalten bleibt, sondern sogar erforderlichenfalls aus dem andern Hausvermögen so ergänzt wird, daß sie mit Sicherheit allen Anforderungen an sie genügen kann (§. 67 — 70).

In einem wenngleich nicht nothwendigen juristischen, so doch sehr nahen thatsächlichen Zusammenhang mit der Geschlechtsstiftung, besonders der Vorsorge für Wittwen stehen die hausgesetzlichen Vorschriften über das Heirathsgut, das von solchen Frauen eingebracht wird, die ihrerseits einen Anspruch auf ein Witthum haben. Ein solches Heirathsgut wird dem Stammgut einverleibt in der Art, daß die Nutzungen daraus während der Ehe dem Stammgutseinkommen zufallen, sofern der Gemahl Familienhaupt ist, und daß, wenn und so lange er das nicht ist, er dieselben neben seinen Bezügen aus der Geschlechtsstiftung erhält (§. 41. a. Abs. 1, b. Abs. 1. c. Abs. 1). Wird die Ehe durch den Tod der Gemahlin aufgelöst und sind Kinder vorhanden, so kommt das Eigenthum des Heirathsgutes in allen Fällen in deren Privatvermögen, während die Nutzungen unter Umständen noch für einige Zeit dem überlebenden Vater verbleiben (§. 41. a. Abs. 2. b. Abs. 2. c. Abs. 2); sind keine Kinder vorhanden, so wird das Heirathsgut der verstorbenen Gemahlin eines Familienhauptes definitiv dem Stammgut einverleibt (§. 41. a. Abs. 2), in allen anderen Fällen geht es in das Privatvermögen des Wittwers über und wird demselben alsbald zur Verfügung gestellt (§. 41. b. Abs. 2. c. Abs. 2). Ist die Gemahlin die überlebende, so gebühren ihr stets die Nutzungen aus dem Heirathsgut als Zuschuß zu ihrem Witthum (§. 41. a. Abs. 1. b. Abs. 1. c. Abs. 1). Wenn sie sich wieder verheirathet, so erhält sie, falls keine Kinder aus der frühern Ehe vorhanden sind, ihr ganzes Heirathsgut, sind welche vorhanden,

Digitized by Google

nur die Hälfte desselben frei heraus, und die andere Hälfte mit ihrer Nutzung geht in diesem letzten Fall in das Privatvermögen jener Kinder über (§. 41. und d. Abs. 1 u. 2); stirbt endlich die Mutter in unverrücktem Wittwenstand, so wird das Heirathsgut Privatvermögen der Kinder aus der Ehe und verbleibt, wenn solche nicht vorhanden sind, dem Stammgut (§. 41. d. Abs. 3). Wenn nach diesen Vorschriften das Heirathsgut dem Stammgut verbleibt, kommt der Betrag desselben an derjenigen Summe in Abrechnung, welche nach dem früher Mitgetheilten aus dem Nachlaß der Wittwe wegen des von ihr empfangenen Witthums an die Geschlechtsstiftung zu vergüten wäre; erreicht also oder übersteigt das Heirathsgut die Hälfte des empfangenen Witthums, so ist aus dem Nachlaß der Wittwe nichts an die Geschlechtsstiftung zu zahlen, wogegen das Stammgut das ihm verfallene Heirathsgut bis zum Betrag der Hälfte des von der Wittwe empfangenen Witthums der Geschlechtsstiftung zu überlassen hat (§. 29).

Wir haben hier ein vollständiges System eines gesetzlichen ehelichen Güterrechts für diejenigen männlichen Familienglieder, deren Frauen witthumsberechtigt sind; zwar scheint vorausgesetzt zu seyn, daß sie jeweils Heirathsverträge abschließen und in dieselben den Inhalt des Hausgesetzes aufnehmen werden, doch ist dieser auch in Ermangelung eines Heirathsvertrages maßgebend. Man könnte eine so weite Ausdehnung der autonomischen Gewalt bedenklich finden, da die ehelichen Vermögensverhältnisse der einzelnen Familienglieder diese ausschließlich oder doch wenigstens vorherrschend nur als freie Individuen, nicht als Glieder der Familie berührten. Gerade das läßt sich aber nicht so schlechthin behaupten. Bei dem Familienhaupte wird auch hinsichtlich seiner ehelichen Vermögensverhältnisse jene seine Eigenschaft als die entscheidende betrachtet werden müssen; bei den andern Familiengliedern kommt ihr Zugehören zur Familie wenigstens insofern in Betracht, als ihre Gemahlinnen dem Geschlecht gegenüber witthumsberechtigt seyn sollen, und unser Hausgesetz stellt sein gesetzliches eheliches Güterrecht gerade nur für solche Personen auf. Ueberdieß ist in allen unter dasselbe gehörigen Fällen, denn es bezieht sich nur auf die Ehen der Familienhäupter, der Erbgrafen und ihrer erstgeborenen Söhne, der präsumtiven Stammgutsnachfolger und derjenigen, die sich nach dem Wunsche der Familie zur Erhaltung des Manns-

Digitized by Google

stammes verheirathen (§. 41. vgl. 36), in allen diesen Fällen ist für den Mann nicht bloß die allgemeine Möglichkeit der Nachfolge in das Hausvermögen gegeben, sondern sogar eine ziemlich nahe Aussicht darauf eröffnet. Würde schon jene entfernte Möglichkeit genügen, jeden Anwärter auch hinsichtlich seiner ehelichen Vermögensverhältnisse als Familienglied zu behandeln und mithin dem Hausgesetze unterzuordnen, so muß dieß noch viel mehr der Fall seyn bei den in Frage kommenden, der Succession sehr viel näher stehenden Personen. Daß aber ihre Gemahlinnen dem (haus-)gesetzlichen ehelichen Güterrecht unterworfen werden, rechtfertigt sich einfach damit, daß dieselben eben durch die von ihnen eingegangene Ehe selbst Familienglieder werden. Von selbst versteht es sich dabei, daß der Besteller des Heirathsgutes, sey es die Gemahlin selbst, sey es ein dritter, nur solches Vermögen dazu verwenden kann, über welches ihm freie Disposition nach den für ihn, den Besteller, geltenden Rechtsnormen zusteht. Das Hausgesetz hat sich übrigens nicht bloß darauf beschränkt, ein in Ermangelung von Verträgen geltendes eheliches Güterrecht aufzustellen, es hat demselben sogar großentheils einen prohibitiven Charakter beigelegt, indem es in §. 42 die Aufnahme irgend welcher ihm zuwiderlaufender Bestimmungen in den Heirathsvertrag verbietet und in §. 75. Abs. 3 alle derartigen Anordnungen gegenüber dem Stammgut und der Geschlechtsstiftung für ungültig und wirkungslos erklärt. Es ist dieß zugleich, wie beiläufig bemerkt werden mag, ein ganz entscheidender Beweis dafür, daß es sich hier wirklich um wahre Rechtssätze, nicht um einzelnen Familiengliedern durch Rechtsgeschäft gemachte Auflagen handelt; wäre letzteres der Fall, so könnte derjenige, der in seinem Heirathsvertrag den Auflagen zuwider handelt, höchstens seine hausgesetzlichen Ansprüche einbüßen, der Heirathsvertrag selbst müßte aber aufrecht erhalten werden. Uebrigens geht die Prohibition des Hausgesetzes doch nur so weit, daß das Stammgut und die Geschlechtsstiftung schlechthin sicher gestellt werden sollen gegen allzustarke Belastung oder gegen die Entziehung solcher Ansprüche, welche das Hausgesetz dem einen oder der andern zugesteht, wie sich theils aus der bereits mitgetheilten Fassung des §. 75, theils daraus ergibt, daß §. 45 ausdrücklich die Aussetzung eines größeren als des hausgesetzlichen Witthums gestattet, sofern sie aus dem Privatvermögen des Gemahls geschieht. Verabredungen

Digitized by Google

in dem Heirathsvertrag, unter welchem Stammgut und Geschlechtsstiftung nicht zu leiden haben, würden demnach, auch insoweit sie von dem Hausgesetz abweichen, als gültig anzuerkennen seyn.

Seinem Inhalt nach ist das hausgesetzliche eheliche Güterrecht, das nach den Motiven im Wesentlichen alten Familienobservanzen nachgebildet ist, durchaus eigenthümlich. Die Witthümer haben insofern etwas den Vidualitäten Verwandtes, als sie ohne Rücksicht auf das eingebrachte Heirathsgut entrichtet werden und dieses neben den gezahlten Wittwengehalten an die Wittwe selbst oder die Kinder aus der Ehe gelangen kann; man wird an das Dotalitium dadurch erinnert, daß in anderen Fällen das eingebrachte Heirathsgut nicht wieder an die Gemahlin oder ihre Erben herausgegeben wird. Wenn das Hausgesetz überhaupt der individuellen Willkür nur einen sehr geringen, auf den ersten Blick könnte man meinen, einen zu geringen Spielraum läßt, so darf man zur Erklärung dieses Verfahrens nicht übersehen, daß es nur auf einen sehr kleinen Kreis von Personen sich bezieht, bei denen allen die Möglichkeit nicht bloß, sondern selbst die Wahrscheinlichkeit der Succession in das Stammgut ziemlich nahe gerückt ist, die alle eine unmittelbare Bedeutung für das Geschlecht, für seine Repräsentation und seine Erhaltung haben. Wenn hier im Interesse des Ganzen die Zügel verhältnißmäßig straff angezogen sind, so wird dieß um so weniger beanstandet werden können, als alle näher liegenden natürlichen individuellen Interessen, der überlebenden Gemahlin, des Wittwers, der Kinder aus der Ehe, ihre volle Berücksichtigung gefunden haben. Daß aber nach Erledigung aller dieser Interessen z. B. das Heirathsgut einer nicht wieder verheiratheten und kinderlos verstorbenen Wittwe dem Stammgut verbleibt, ist vollkommen gerechtfertigt durch den starken Familiensinn, der die nothwendige Grundlage und Voraussetzung für alle derartigen Schöpfungen ist, der jeden Einzelnen zu Opfern für das Ganze bereit machen muß, wie jeder auch wieder eigenthümliche Vortheile aus dem Ganzen zieht.

Die Autonomie unseres hohen Adels soll — das ist ihre höhere Bedeutung — demselben die Möglichkeit gewähren, sich als starke, mächtig in sich zusammenhängende Familien zu organisiren. Das juristisch Wichtigste werden dabei immer die Vorschriften über Hausvermögen seyn; erschöpft ist aber damit die Aufgabe noch nicht; auch manche persönliche Beziehungen bedürfen der Regulirung, wobei namentlich die

Digitized by Google

vorwiegende Autorität, welche Geschichte und Natur der Sache dem Familienhaupte beilegen, in ein richtiges Gleichgewicht zu setzen ist mit dem Recht und der Freiheit der übrigen Familienglieder. Jene ist ganz allgemein in dem Satze anerkannt, daß das Familienhaupt das Haus repräsentire (§. 71), ein sehr glücklich gewählter Ausdruck des überall hervortretenden Gedankens, daß es sich bei ihm nicht bloß um lediglich eigennützige Rechte, sondern wesentlich auch um die Erfüllung eines Berufes handle. Die wichtigsten einzelnen Consequenzen aus jener persönlichen Gewalt des Familienhauptes seyen, daß dasselbe in die Ehe aller einzelnen Familienglieder einzuwilligen hat (§. 75), und die Vormünder für alle Minderjährigen in der Familie ernennt (§. 95. 102). Nur die Vormundschaft über die minderjährigen Kinder des verstorbenen Familienhauptes selbst, insofern dasselbe darüber nicht verfügt hat, kann nicht durch seinen Nachfolger beliebig übertragen werden, sondern dazu, ebenso zur Curatel über ein geisteskrankes Familienhaupt, sind kraft Hausgesetzes bestimmte Personen berufen (§. 95—101. 103). Bei Bestellung eines Vormundes für minderjährige Kinder anderer Familienglieder hat das Familienhaupt nach Möglichkeit die Wünsche der Eltern des Curanden zu berücksichtigen (§. 102. Abs. 2), und bei der Verheirathung der Familienglieder ist jedes launenhafte Verfahren des Familienhauptes dadurch ausgeschlossen, daß gegen seine Weigerung auch die Entscheidung des Schiedsgerichts provocirt werden kann (§. 75. Abs. 4); überdieß kann der Consens des Familienhauptes die landesgesetzlich etwa nothwendige Einwilligung der Eltern u. s. w. nicht ergänzen, und der Mangel jenes Consenses macht die Ehe nicht nichtig, sondern entzieht nur den Ehegatten und ihrer Nachkommenschaft die denselben sonst hausgesetzlich zustehenden Rechte, incl. des Successionsrechtes, so lange noch erbfähige Glieder vom Mannsstamm vorhanden sind (§. 75. Abs. 1. u. 2.). Die Vormünder und sonstigen gesetzlichen Vertreter des Familienhauptes sowohl, wie eines Anwärters, haben alle deren Rechte, auch die besondern kraft Hausgesetzes ihnen zukommenden Befugnisse für sie auszuüben (§. 82. Abs. 1. §. 95. Abs. 3 u. 4. vergl. §. 76. §. 103), und dabei ist zu beachten, daß ein selbstberechtigtes Familienglied zugleich kraft väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt Vertreter eines andern Anwärters, oder daß ein Fremder gleichzeitig Vertreter mehrerer Anwärter seyn

Digitized by Google

kann, daß aber gleichwohl dem Betreffenden in solchen Fällen bei allen Familienbeschlüssen doch nur Eine Stimme zugestanden ist (§. 82. Abs. 2). Man wird daraus folgern können, daß Beschlüsse, zu welchen der Vater mitwirkte, für die unter seiner väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt stehenden minderjährigen Söhne ohne weiteres bindend sind; denn es kommt ihm die Vertretung seiner Söhne zu, die Bestellung eines besondern Vertreters für dieselben außer ihm ist nirgends verlangt. Macht er nun seine Eigenschaft als Vertreter seiner Söhne geltend, so ist der unter seiner Mitwirkung gefaßte Beschluß für jene unzweifelhaft bindend; das Gleiche muß aber auch in dem entgegengesetzten Falle gelten, da er auch im ersten nur Eine Stimme gehabt hätte, die ihm eben so im zweiten verbleibt. Gleichwohl wäre eine ausdrückliche Vorschrift über diesen wichtigen Punkt um so wünschenswerther gewesen, als die gemeinrechtliche Theorie ihn nur mühselig und dennoch unsicher zu beantworten vermag (vergl. Beseler Erbvertr. II. 2. S. 46—48), und überdieß für den Fall collidirender Interessen zwischen Vater und Sohn, wenn der erste z. B. Familienhaupt, der zweite Anwärter ist, doch besondere, im Hausgesetz nicht berührte Maßregeln ergriffen werden müssen.

Der zusammenhaltende, in sittlicher Eintracht wirkende Familiensinn wird eine treffliche Nahrung finden in den s. g. Geschlechtstagen, zu welchen das Familienhaupt alle drei Jahre und bei besondern Veranlassungen auch früher sämmtliche volljährige Glieder der Familie berufen soll, um gemeinschaftliche Angelegenheiten des Hauses zu besprechen und zu verhandeln und das Band, welches alle Glieder eines Geschlechts umschließt, immer wieder zu erneuern und zu kräftigen (§. 104). Da übrigens hier die äußere Thatsache gar nichts, sondern nur die innere Gesinnung nutzen kann, in welcher sie erfüllt wird, sind ganz passend an die Vernachlässigung jener Vorschrift, sey es von Seiten des Familienhauptes, sey es von Seiten einzelner Familienglieder, keinerlei Rechtsnachtheile geknüpft. Endlich entspricht es vollkommen der ganzen Verbindung unter allen Familiengliedern und der Natur eines Hausgesetzes, in welchem gar manche nicht in stricte Rechtssätze zu übersetzende sittliche Motive wirken und wirken müssen, daß in der Regel alle über Anwendung und Auslegung des Hausgesetzes entstehenden Rechtsstreitigkeiten vor ein Schiedsgericht gebracht werden müssen, dessen

Digitized by Google

Zusammensetzung genau bestimmt ist, und von dessen Entscheidung keinerlei Berufung an die Landesgerichte stattfindet; nur kann, so oft die Entscheidung nicht einstimmig erfolgte, jede Partei nochmalige Entscheidung durch ein verstärktes Schiedsgericht verlangen (§. 105).

Um die gewissenhafte Beobachtung des Hausgesetzes um so besser zu sichern, müssen das Familienhaupt und jeder Anwärter, sobald sie großjährig werden, desgleichen jedes volljährige noch unbeeidigte Familienglied, welches zur Erbfolge oder Anwartschaft gelangt, das Hausgesetz bei Verlust aller aus demselben hervorgehenden Rechte beschwören (§. 108), und das Gleiche wird von den Vormündern, die nicht bereits darauf beeidigt sind, und endlich von den mit der Verwaltung des Stammguts beauftragten Dienern verlangt (§. 109. 110). Wichtiger noch ist die ebenfalls hieher gehörige Einrichtung der s. g. Stammgutscuratel, welche in den Fällen, in denen es an einer natürlichen Controle des Familienhauptes durch selbständige Anwärter fehlt, künstlich eine solche schafft. Wenn nämlich kein oder kein großjähriger Anwärter vorhanden ist oder der einzige großjährige Anwärter als Vormund über das Familienhaupt bestellt ist, wird dem letzteren für die Dauer dieses Verhältnisses ein Stammgutscurator beigegeben, welcher dem Familienhaupte gegenüber die Stelle der Anwärter zu vertreten und deren Rechte und Pflichten, namentlich auch die den zwei nächsten Anwärtern speciell übertragenen, auszuüben berufen ist. Dieser Curator wird auf den Antrag des Familienhauptes, und nach seinem Vorschlag, sofern diesem nicht gewichtige Bedenken entgegenstehen, durch das ordentliche Gericht ernannt (§. 111). In dem Familienhaupte treffen mannichfaltige, im Interesse der andern Familienglieder beschränkte Rechte und jenen gegenüber zu erfüllende Pflichten in der Art zusammen, daß es durchaus gerathen ist, seine verantwortungsvolle Stellung nie ohne äußere Controle zu lassen. Jene seine eigenthümliche Stellung beruht auf den Anordnungen, welche das Hausgesetz im Interesse des ganzen Geschlechtes getroffen hat, und sie dauert deßhalb auch in einer Zwischenzeit fort, während welcher einzelne successionsberechtigte Familienglieder nicht vorhanden sind. Die Vertretung noch nicht erzeugter Personen ist aber juristisch eine solche Ungeheuerlichkeit (vergl. §. 82 u. Motive), daß man es dem Hausgesetze

Digitized by Google

Dank wissen muß, statt derselben die Aufstellung eines Curators angeordnet zu haben, welcher, ohne formell Jemandes Vertreter zu seyn, materiell die Functionen der nicht vorhandenen Anwärter zur Controle des nothwendig nicht unbeschränkt zu lassenden Familienhauptes kraft (Haus-) Gesetzes ausübt *). Ich würde es darnach auch vorgezogen haben, wenn das Hausgesetz die Ernennung eines Stammgutscurators nur für die zwei Fälle angeordnet hätte, daß kein Anwärter vorhanden oder der einzig vorhandene Vormund des minderjährigen oder Curator des geisteskranken Familienhauptes seyn sollte; denn in diesen beiden Fällen fehlt es wirklich an Personen, die, sey es selbständig, sey es mittelst fremder Beihülfe oder Vertretung die Ausübung der dem Familienhaupte zukommenden Rechte zu überwachen vermöchten. Sind dagegen minderjährige Anwärter oder auch nur nascituri vorhanden, so ist ein Stammgutscurator um so weniger nothwendig, als nach der allgemeinen Vorschrift des §. 82 die Vormünder oder sonstigen gesetzlichen Vertreter dieser Minderjährigen alle deren Rechte auszuüben haben; nur müßte, falls solche minderjährige Anwärter unter der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt des Familienhauptes selbst ständen, für sie in ihrer Eigenschaft als Anwärter eine Specialtutel angeordnet werden. Daß der Antrag auf Bestellung eines Stammgutscurators dem Familienhaupte überlassen ist, billige ich durchaus; ebenso daß ein unmittelbares Eingreifen der Staatsbehörden ausgeschlossen ist, das die Selbständigkeit und das Selbstbewußtseyn der Familie, die Voraussetzungen ihres fröhlichen Gedeihens, gefährden und alle Betheiligten weit eher belästigen, als ihnen nützen würde. Dagegen würde es doch wohl geboten gewesen seyn für den Fall, daß das Familienhaupt jenen Antrag zu stellen unterläßt, andere weibliche oder cognatische Familienglieder etwa in hausgesetzlich zu bestimmender Reihefolge dazu zuzulassen; denn so sehr auch die Erwartung gerechtfertigt seyn mag, das Familienhaupt werde nicht eine von ihm beschworene Pflicht offen verletzen, so handelt es sich doch immer um eine gegen ihn herzustellende Controle, deren Schaffung füglich nicht ihm allein anheimgestellt werden kann.

*) Vergl. Bluntschli, deutsches Privat-R. I. §. 68. S. 341.

Digitized by Google

Endlich hat das Hausgesetz auch in sehr zweckmäßiger Weise einen Weg zu Zusätzen und Abänderungen eröffnet. Das dermalige Familienhaupt hat sich nämlich das Recht zu Aenderungen und Ergänzungen einfach unter Zustimmung der jeweils vorhandenen Anwärter oder des Stammgutscurators vorbehalten, und auch den späteren Familienhäuptern ist das gleiche Recht zugestanden, nur erlangt der betreffende Beschluß erst dadurch Wirksamkeit, daß er dreimal hintereinander in je einjährigen Zwischenräumen mit den Anwärtern berathen und als dem Nutzen des Hauses wahrhaft förderlich erkannt wurde; sind vier Anwärter oder mehr vorhanden, so genügt die Zustimmung der Mehrheit derselben, während, wenn es weniger als vier sind, Stimmeneinhelligkeit gefordert wird und überdieß zu jeder der drei Berathungen einige Freunde des Hauses, jedoch nicht mit entscheidender Stimme, zugezogen werden müssen (§. 113. Abs. 1 u. 2). Auch ein Anwärter kann Aenderungsvorschläge machen, wo dann das gleiche Verfahren zu beobachten ist (§. 43. Abs. 4); eine Aenderung kann also selbst durch einstimmigen Beschluß aller Anwärter nicht erzwungen werden gegen den Willen des Familienhauptes, und auch während dessen Minderjährigkeit ist jede Aenderung ausgeschlossen (§. 113 Abs 3), der einzige Fall, in welchem die Vormünder des Familienhauptes nicht alle demselben hausgesetzlich zustehenden Rechte auszuüben befugt sind. Daß es nicht bloß wünschenswerth, sondern geradezu dringend nothwendig ist, einen Weg zu eröffnen, auf welchem ein Hausgesetz in einer unzweifelhaft gültigen Weise geändert werden kann, leuchtet von selbst ein, und daß die bezüglichen Vorschriften unseres Hausgesetzes jede wünschenswerthe Garantie gegen Uebereilung bieten, bedarf ebenfalls keiner weiteren Ausführung. Wohl aber glaube ich den außerordentlichen Vortheil besonders betonen zu sollen, welchen hier der rein und strict festgehaltene Standpunkt der Autonomie gewährt. Er allein läßt eine theoretisch befriedigende Erklärung der praktisch nicht zu entbehrenden Möglichkeit zu Aenderungen *) zu, während vom Standpunkte der Fideicommißstiftung aus, welche ihre Geltung lediglich dem in einem Rechtsgeschäft sich manifestirenden Privatwillen des Stifters ver-

*) Bluntschli, deutsches Priv.-R. I. §. 68. S. 338. 341.

Digitized by Google

dankt, die Anwendung immer höchst bedenklich ist *). Da sich aber auch andererseits eine subsidiäre anwendbare gemeine Rechtsregel über die Organisation der adeligen Familiengenossenschaft nicht gebildet hat, gemeinrechtlich namentlich darüber nur eine sehr unsichere Entscheidung möglich ist, wann bei ihren autonomischen Beschlüssen Stimmenmehrheit genüge, wann Stimmeneinhelligkeit nothwendig sey **), ist es für jedes einzelne Hausgesetz nur um so dringender geboten, darüber bestimmte Vorschriften aufzustellen. Wenn sich die gemeinrechtliche Doctrin, namentlich in Folge des unsichern Schwankens der ältern Theorie zwischen Familienvertrag als Rechtsgeschäft und wirklicher Rechtserzeugung, genöthigt sieht, im Zweifel überall, wo es sich um bestimmte Rechte Einzelner handelt, Stimmeneinhelligkeit zu verlangen ***), so ist es dagegen wohl als ein entschiedener Fortschritt zu begrüßen, wenn unser Hausgesetz, den reinen Standpunkt eines Gesetzes einnehmend, Aenderungen in Fällen aller Art durch Mehrheitsbeschluß zuläßt und Einstimmigkeit nur dann verlangt, wenn die geringe Zahl der Stimmberechtigten aus Vorsicht dieß erheischt und zugleich nicht allzu schwierig macht. Es sind dadurch nothwendige Aenderungen sehr erleichtert, ohne daß bei den vorsichtigen Formen des Hausgesetzes irgend Mißbräuche zu fürchten wären, und es ist dieses Verfahren in sich das consequentere. Wie die Familiengenossenschaft heute Gesetze vorschreiben darf innerhalb des ihr zugestandenen Kreises, so kann sie später dieselben wieder ändern, womit von selbst diejenigen Rechte, welche Einzelne aus dem frühern Gesetz für sich hätten ableiten können, weggefallen sind, ohne daß es ihrer persönlichen Zustimmung nothwendig bedürfte. Nur die bei jeder neuen Rechtserzeugung nothwendig zu beobachtende Schranke muß auch hier eingehalten werden; insoweit aus dem bisherigen (Haus-) Gesetze durch Erfüllung seiner Voraussetzungen in concreto wohl begründete Rechte erwachsen sind, können dieselben durch Aenderung des Hausgesetzes nicht wieder ohne persönliche Einwilligung des Berechtigten beseitigt werden. Also z. B. die

*) Beseler, System III. S. 63. — Gerber, System. S. 204 und Beitr. zur Lehre v. Fam. Fideic. in Jahrb. f. Dogm. u. Priv.-R.'s I. S. 94—97.

**) Beseler, Erbvertr. II. 2 S. 42. 57 ff. Maurer, a. a. O. S. 252. 258.

***) Beseler, a. a. O S. 46. 47. 57.

Digitized by Google

Succeſſionsordnung, die Fälle und die Größe von Apanagen, Unterhaltsbeiträgen, mögen in den Formen des §. 113 geändert, ja ſelbſt die Unveräußerlichkeit des Hausvermögens und ſeine ganze eigenthümliche rechtliche Natur mag in eben dieſen Formen aufgehoben werden (val. Motive zu §. 107), ohne daß die nicht zuſtimmenden bereits lebenden, noch viel weniger die erſt ſpäter erzeugten Familienglieder dieß anfechten können, da ſie eben nur die Ausſicht auf in Gemäßheit des alten, nunmehr weggefallenen Hausgeſetzes zu verwirklichende Rechte, nicht aber bereits wirklich begründete Rechte hatten. Dagegen kann eine bereits angefallene Apanage, ein vertragsweiſe ausgeſetztes Witthum nur mit Zuſtimmung der Betheiligten geändert werden. Es iſt demnach nur eine ganz richtig gezogene Conſequenz aus allgemeinen Grundſätzen, wenn die §§. 43 u. 58 die gegenwärtig bereits auf dem Hausvermögen haftenden Witthumsberechtigungen und Deputate allen durch dieſes Hausgeſetz neu begründeten Beſtimmungen entziehen und ſchlechthin unverändert beſtehen laſſen; dagegen kann ich es nicht mit den Motiven für ſo zweifellos halten, daß auch das eventuell der Gemahlin des jetzigen Familienhauptes gebührende Witthum ſchlechthin weder durch das gegenwärtige Hausgeſetz geändert ſey, noch ſpäter in den Formen desſelben geändert werden könne; dieß wäre nur richtig, wenn es auf einem Vertrag beruhte oder nach bisheriger Familienobſervanz auch die noch nicht angefallenen Witthümer von Gemahlinnen der Familienhäupter einer Minderung oder Aenderung gegen das Herkömmliche entzogen geweſen wären.

Ich habe die Beſtimmungen des Giech'ſchen Hausgeſetzes ſehr ins Einzelne verfolgt, weil ich dasſelbe für ungemein lehrreich für die richtige Erkenntniß und Würdigung der Familien und Vermögensverhältniſſe unſeres hohen Adels halte. Es macht, ich wiederhole hier die Worte des Herausgebers, den wohlthuenden und befriedigenden Eindruck einer von einem klaren Geſichtspunkte aus beherrſchten Schöpfung; nur iſt, wie ich glaube, dieſer Geſichtspunkt nicht der der Stiftung reſp. Neuſtiftung eines Familienfideicommiſſes, ſondern der der Uebung autonomiſcher Gewalt. Die juriſtiſche Theorie kann die möglichen Reſultate dieſer Gewalt nicht im Allgemeinen angeben, höchſtens etwa das erfahrungsmäßig am gewöhnlichſten daraus Hervorgehende anführen, da alles in das individuelle Be-

Digitized by Google

lieben des Gesetzgebers gestellt ist*). Wenn aber darnach die Jurisprudenz auf Auslegung der einzelnen Hausgesetze und auf die Prüfung eingeschränkt ist, ob die Voraussetzungen der Autonomie gegeben, die Schranken derselben eingehalten seyen u. s. f., so ist das wissenschaftlich kein Verlust, und daß die autonomische Gewalt praktisch zweckentsprechende Normen hervorbringen werde, kann man nach dem Zeugniß der Geschichte wohl der Gesinnung und dem Geiste zutrauen, welche die Autonomie selbst geschaffen haben, aus der dann wieder als mittelbare Folge und Nachachtung ihrer Producte das Familienfideicommiß hervorgegangen ist. Auch dessen richtige Anwendung, Durchführung und zeitweise gebotene Umbildung setzt einen mächtig wirkenden Gemeinsinn innerhalb der betreffenden Familie voraus, der, wo er vorhanden ist, auch ohne die Stützen eines vorgezeichneten Rechtsinstitutes auf dem Wege der Selbstgesetzgebung das Richtige zu finden wissen wird. Ich halte, darin von Gerber abweichend, das Familienfideicommiß und die materiell ähnlichen autonomischen Einrichtungen für wesentlich politische Institutionen; wie Gerber selbst anerkennt, sind sie durch besondere politische Verhältnisse hervorgerufen worden, um besondern politischen Zwecken zu dienen, sie kamen von jeher und kommen auch jetzt noch außerhalb der Kreise wo jene Zwecke zu verfolgen sind, d. h. außerhalb des Adels nur ganz ausnahmsweise und vereinzelt vor**). Die Sehnsucht des Einzelnen, inmitten des ewigen Wechsels der Dinge die Wirkung seines Einzeldaseyns durch einen Act der Liebe auch für kommende Geschlechter bedeutungsvoll zu erhalten, indem er alle künftigen Glieder seiner Familie, auch die noch ungeborenen, unmittelbar durch seinen Willen zu dem durch ihn geschaffenen und durch ihn für unantastbar erklärten Vermögen beruft, kann möglicherweise bei einem Menschen von reicher Willensanlage vorhanden seyn und sich bei ihm zu einem innern Bedürfniß steigern; und es mag seyn, daß ein Rechtsinstitut, welches dieser rein subjectiven Empfindung ein Genüge thut, zugleich die praktisch wünschenswerthe Wirkung haben kann, daß es in den wechselnden Generationen einer Familie

*) Gerber, Beitr. zur Lehre vom Fam. Fideic. a. a. O. S. 86.

**) Gerber. a. a. O. S. 60. 64—66. 93. 94.; vgl. Beseler. Syst. III. §. 175. S. 29.

Digitized by Google

das Bewußtseyn ihres Zusammenhangs im Denken und Handeln hervorruft und befördert. (Gerber a. a. O. S. 54 — 57.) Allein mir scheinen diese objectiven Vortheile viel zu vag, jene subjective Sehnsucht viel zu vereinzelt, um daraus Rechtseinrichtungen erklären und rechtfertigen zu können, welche sich so gewaltsam gegen den natürlichen Wechsel der Dinge stemmen, die kommenden Generationen in ihrer freien Bewegung so ungemein hindern, ihnen so außerordentliche Opfer auferlegen. Die bloße Erhaltung der Familienindividualität um ihrer selbst willen (Gerber a. a. O. S. 57. 59. 93.) kann füglich nicht der letzte Zweck seyn, um dessentwillen die persönliche Individualität so bedeutsamen Beschränkungen sich unterwirft; denn jene ist an sich nichts anderes als eine Genugthuung für eine bestimmte subjective Empfindung, bei welcher wohlthätige Wirkungen nicht näher liegen, als caricaturartige Verzerrung. Ein starker Familiensinn ist allerdings nothwendige Voraussetzung für alle fideicommissarischen und ähnlichen Einrichtungen, und die Pflege und Förderung derselben kann deßhalb bei derartigen Anordnungen nicht genug empfohlen werden; naturgemäß wird und muß aber das einzelne Individuum sich immer zunächst Selbstzweck seyn, und es wird sich unter bedeutenden von ihm zu bringenden Opfern einer höhern Gemeinschaft nur dann als dienendes Glied einfügen, wenn es in dieser Gemeinschaft nicht bloß den Ausdruck einer dem einen natürlichen dem andern widernatürlichen Empfindung erkennt, sondern dieselbe wirklich höhere, für den Einzelnen unerreichbare Zwecke verfolgen sieht. Diese können aber für die in Continuität aufgefaßten auf einander folgenden Generationen einer Familie keine andern als politische seyn; nur sie sind mächtig und dauernd genug, um den kommenden Familiengliedern die ihnen angesonnenen Opfer erträglich zu machen, um die Außenstehenden mit den Fesseln zu versöhnen, die zunächst im Interesse einzelner Familien dem Verkehr auferlegt werden. Wenn bestimmte Geschlechter nach ihrer Geschichte, nach ihrer heutigen Stellung und ihrer materiellen Macht sich zu der stolzen Aufgabe befähigt fühlen, in bleibender Organisation einen stetigen und bedeutungsvollen Antheil an dem öffentlichen Leben zu nehmen, dann wird der Staat alle Ursache haben, diese geborenen Erhalter des Gewordenen, diese natürlichen Vermittler zwischen Gegenwart und Vergangenheit, diese zuverlässigsten Moderatoren angestrebter und

Digitized by Google

gebotener Neuerungen in Anordnung der ihre Wirksamkeit bedingenden Voraussetzungen frei gewähren zu lassen. Eine zweckentsprechende Organisation der Familien- und Vermögensverhältnisse ist nur für solche Geschlechter denkbar durch Anwendung des Rechtsinstituts des Familienfideicommisses oder durch Uebung der ihnen zugestandenen autonomischen Gewalt. Die letztere läßt, wie alle vorausgehenden Ausführungen ergeben haben, eine weit freiere Bewegung zu als die erste, und hat überdieß einen entschiedenen principiellen Vorzug vor derselben voraus. Es ist nämlich nichts natürlicher, als daß ein Geschlecht, welches zu einer bestimmten bleibenden politischen Stellung berufen und befähigt ist, seine innern diese Stellung bedingenden Verhältnisse auf dem Weg der Selbstgesetzgebung regulire; es erfüllt damit unmittelbar seinen (politischen) Beruf, bleibt sich nothwendig immer bewußt, wie seine innere Organisation nur Mittel für seine äußeren Zwecke ist. Bei dem Familienfideicommiß dagegen, welches lediglich auf dem Privatwillen des Stifters beruht *), ist von dem durchaus unpolitischen Gedanken ausgegangen, einem Geschlechte eine dauernde Stätte für politische Wirksamkeit schaffen zu wollen durch einen unabänderlichen Act reinen Privatwillens. Die Selbständigkeit der Spätern, die erste Voraussetzung ihrer politischen Thätigkeit, wird damit geradezu negirt, ihr Blick ausschließlich auf die für sie schlechthin entscheidende Vergangenheit gefesselt, für sie das, was ursprünglich nur Mittel seyn sollte, unwillkürlich in den letzten Zweck verwandelt, da sie das zu unbehilflicher Unbeweglichkeit verurtheilte Familienfideicommiß nicht als ein Mittel zu benutzen vermögen, das, selbst veränderlich, den sich verändernden Zwecken sich fügt. So werthvoll die Autonomie des hohen Adels ist — und sie könnte auch andern Familien in analogen Verhältnissen zugestanden werden — so bedeutende Bedenken stehen meines Erachtens dem Familienfideicommiß entgegen. Es ist wesentlich nur eine Nachahmung der durch Abstraction gefundenen gewöhnlichsten und hauptsächlichsten Bestimmungen der hochadeligen Hausgesetze **); indem aber diese zu einem objectiven Rechtsinstitut condensirt

*) Gerber a. a. O. S. 54—57. 71. 95. Beseler. System III. §. 176. S. 55.

**) Vrgl. Beseler Syst. III. §. 174. 176. S. 56.

Digitized by Google

wurden, ist nicht nur die Unveränderlichkeit über Gebühr gesteigert, sondern zugleich der politische Gedanke, welcher die Autonomie rechtfertigt, vollkommen aufgegeben, ja in sein Gegentheil verkehrt. Während die Autonomie eine reichere und mannichfaltigere Entwickelung des Rechtslebens ermöglicht und hervorruft, werden durch das Familienfideicommiß zu Gunsten eines einmal zu unmäßiger Höhe gesteigerten Privatwillens alle kommenden Generationen zu starrer Stabilität verurtheilt. Wo die Macht oder die sonstigen Verhältnisse eines Geschlechtes nicht genügen, um das Recht der Selbstgesetzgebung zu tragen, sollte die Gewalt, die naturgemäß in dieser gelegen ist, nicht widernatürlich unter der Form der Anwendung eines Rechtsinstitutes dem bloßen Privatwillen übertragen werden. Es würden wohl neben der Autonomie die auf eine Generation beschränkten Fideicommißstiftungen den Vorzug vor unsern immerwährenden Familienfideicommissen verdienen*).

*) Vgl. Beseler a. a. O. III. §. 176. S. 65. u. Erbvertr. II. 2. S. 59.

Dr. Jolly.

Digitized by Google

XVII.

Der Schwurgerichtsſtreit in Deutſchland*).

Es wird vielleicht nicht unwillkommen ſeyn, wenn hier eine gedrängte Ueberſicht über den bekannten Streit über das Schwurgericht, ſeit ſeinem Eingang in Deutſchland, gegeben und zugleich eine kurze Literärgeſchichte, die ſich unſres Wiſſens in der Neuzeit in keiner Schrift über das Schwurgericht oder den Strafproceß vollſtändig**) vorfindet, eingeflochten wird.

§. 1.

Die Idee, daß die Zurechnung eines Verbrechens, oder das Urtheil über die Schuld einer Perſon an einer nach dem Strafgeſetz ſtrafbaren Handlung, nicht von rechtsgelehrten Richtern,

*) Wenn wir den obigen Aufſatz aufgenommen haben, ſo geſchah dieß nicht darum, weil wir mit demſelben in ſeinen Grundgedanken und in ſeiner Ausführung vollkommen einverſtanden ſind. Wir ſind vor allem nicht der Anſicht des Verf., daß das Geſchwornengericht mit dem monarchiſchen Principe unvereinbar ſey, wenn wir auch zugeben, daß daſſelbe vom politiſchen und nicht vom bloß juriſtiſchen Standpunkte aus beurtheilt und gewürdigt werden müſſe. Auch vermögen wir die Art und Weiſe nicht zu billigen, in welcher der Verf. ſeine Gegner — die Anhänger des Geſchwornen-Inſtituts — behandelt; es fehlt ihr öfter die Ruhe und Unbefangenheit der Darſtellung. Der Grund, welcher uns beſtimmte der Abhandlung unſere Spalten zu öffnen, liegt einerſeits in der politiſchen Wichtigkeit der Sache und andererſeits in dem Wunſche dadurch den Anſtoß zu einer Beſprechung derſelben von einem andern Standpunkte aus zu geben. Möge dieß geſchehen. Die Red.

**) Vollſtändig iſt freilich die Ueberſicht, die der Verf. bietet, auch nicht; er hat einige gewichtige Stimmen über das Geſchwornengericht, wie z. B. die ſpätern Aeußerungen von Feuerbach, dann die von Rudhart, Mittermaier, Planck u. A. nicht berückſichtigt, und wir können es als keine Ausgleichung betrachten, wenn dafür eine Reihe von ſogen. populären Schriften mit in Betracht gezogen iſt. Die Red.

Digitized by Google

sondern von Laien aber verständigen und ehrenhaften Männern ausgesprochen werden solle, war, ehe sich noch in Deutschland der Kampf über Einführung der Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Schwurgerichte entspann, wohl weniger ein schwacher Nachhall der ältern deutschen Volksrechtsprechung, am wenigsten aber wohl der nach und nach sehr in Mißcredit gekommenen Schöffensprüche, sondern man mochte wohl schon gegen Ende des vorigen Jahrhunderts das englische Geschworneninstitut in Deutschland der Beachtung für werth halten, und sich die Frage gestellt haben, ob denn die Beantwortung der Schuldfrage im Strafproceß nicht richtiger von Laiengerichten als von rechtsgelehrten Richtern erfolgen könne. Interessant ist darüber der Ausspruch des alten, ehrwürdigen Justus Möser in seinen patriotischen Phantasien, I. S. 338., weil er uns schon mitten in den jetzt von neuem geführten Kampf zwischen Schwurgericht und rechtsgelehrten Richtercollegien versetzt und den Kernpunkt dieses Streites in der Gegenwart berührt. Möser sagt a. a. O.: „Was kann unbilliger und grausamer seyn, als einen Menschen zu verdammen, ohne gesichert zu seyn, daß er das Gesetz, dessen Uebertretung ihm zur Last gelegt wird, begriffen und verstanden habe, oder begreifen und verstehen könne? Die deutlichste Probe aber, daß ein Verbrecher das Gesetz verstanden habe, oder doch verstehen könne und solle, ist unstreitig diese, wenn sieben oder zwölf ungelehrte Männer ihn darnach verurtheilen, und durch eben dieses Urtheil zu erkennen geben, wie der allgemeine Begriff des übertretenen Gesetzes gewesen, und wie jeder mit bloßer gesunder Vernunft begabte Mensch solches ausgelegt habe. Dieß ist die einzige Probe von der wahren Deutlichkeit des Gesetzes, welche der Gelehrte nie geben kann, weil seine Sinne zu geschärft, zu fein, und über den gemeinen Begriff zu sehr erhaben, auch den natürlichsten Gefühlen, Ansichtsweisen, Verhältnissen und Gewohnheiten der Bürger kastenmäßig, oft gegnerisch sind.“ Wir heben besonders hervor, daß Möser nur die Garantie für eine wahrhaft gerechte, nicht bloß die objectiven Momente eines Verbrechens, sondern besonders die subjectiven, die wirkliche und innere Schuld des Thäters betreffenden, berücksichtigende Rechtsprechung, keineswegs aber irgend welche politischen Vorzüge eines Laiengerichtes im Auge hatte. Die Idee jedoch, das Schwurgericht als ein aus Laien und rechts-

Digitized by Google

gelehrten Richtern zusammengesetztes Gericht, von denen die ersteren für jeden Verbrechensfall zum Urtheil über das Vorhandenseyn eines Verbrechens im gesetzlichen Sinn und der Schuld einer bestimmten Person daran (s. g. That- oder Schuldfrage) berufen und eidlich verpflichtet, die letzteren aber mit der Leitung der Beweisverhandlung und dem Urtheilsspruch über die Strafverhängung (s. g. Rechts- oder Straffrage) betraut sind, in Deutschland einzuführen, erwachte erst, als dieses Institut in Frankreich während der französischen Revolution seit dem Decret vom 30 April 1790 nach englischem Muster beschlossen und eingeführt, unter den Schwankungen der Revolution gemißbraucht, dann von Napoleon im code d'instruction criminelle von 1808 „imperialisirt" worden war und mit diesem in den Rheinlanden sich festgesetzt hatte.

§. 2.

Der Streit über die Vorzüge und Nachtheile des Schwurgerichts begann in Deutschland, wo es zur Zeit der Napoleonischen Macht natürlich nicht an Verehrern aller französischen Institute fehlte, mit der damals etwas gewagten Veröffentlichung der freimüthigen, wenn auch oft hinter Ironie sich verbergenden Betrachtungen Anselm von Feuerbachs über das Geschwornengericht, Landshut, 1813, welche jedoch schon im August 1812 erfolgte. Feuerbach sprach sich darin entschieden gegen die Jury Frankreichs, welche man damals in Deutschland zu verehren anfing, aus, wurde aber sonderbarerweise zugleich mit Grolman von nachfolgenden Schriftstellern einer Meinungsänderung beschuldigt, wogegen er sich in einer „Erklärung über seine, angeblich geänderte Ueberzeugung in Ansehung der Geschworenengerichte", Erlangen 1819, verwahrte. Hierin sprach er sich entschiedener gegen „das Schooßkind Buonoparte's, welches er wie seinen Augapfel hütete", aus, da er nunmehr der Gefahr, „in die Dolche der hohen Polizei zu rennen", entgangen war; aber die Gefahr schwebte ihm noch lebhaft vor, denn er sagt selbst von seiner ersten Schrift: „Es galt nichts Geringerm, als in jener Schrift unter anderm die Gaukelei zu enthüllen, die von dem Gewaltherrn mit einer bloß der Freiheit angehörenden Staatseinrichtung getrieben wurde, den Charakter einer unbeschränkten und gewaltthätigen Regierung, ihren tödtlichen Einfluß auf den Geist eines in die Nichtigkeit ver-

Digitized by Google

stoßenen Volkes, die Unverträglichkeit einer durch Theilnahme der Gemüther nothwendig bedingten bürgerlichen Einrichtung mit den Gesinnungen unfreier und darum in selbstischer Gleichgültigkeit gegen alles Oeffentliche versunkener Unterthanen darzustellen, endlich die Widersprüche und Ungereimtheiten zu entwickeln, in welche der Despotismus sich selbst verstrickt, wenn er hinter den Formen einer freien Verfassung, und namentlich hinter Geschwornengerichte sich zu verstecken sucht." Schon Feuerbach hatte in seinen erwähnten Betrachtungen den sich nunmehr lebhaft entspinnenden Streit auf die beiden jetzt noch befolgten Richtungen hingeleitet, indem er das Schwurgericht sowohl in seiner politischen als auch in seiner juristischen Bedeutung prüfte, der Erwägung der ersteren aber doch eine größere Sorgfalt zuwendete. Feuerbachs Glaubensbekenntniß über das Schwurgericht als ein politisches Institut geht im allgemeinen dahin, daß es in Republiken und beschränkten Monarchien Theil der Verfassung, Grund- und Schlußstein derselben, mit welchem sie selbst stehe und falle, sey, daß es aber in Despotien, wo außer dem Regenten gar kein Gemeinwesen oder Theilnahme des Volkes an öffentlichen Interessen existire, nur ein Werkzeug in der Hand des Regenten sey, „eine spanische Wand, hinter welcher hervor er entweder seine Streiche desto sicherer führen, oder welche er, sobald es ihm beliebe, für immer wegnehmen oder bequem umgehen könne." Während Feuerbach die politischen Vortheile des Schwurgerichts bei den Engländern in hohem Grade anerkannte und es als Schutzmittel der Freiheit pries, schwebte ihm das französische Schwurgericht in seinen Ausartungen aus der Revolution und dann wieder in seinem Scheingewand unter der Herrschaft Napoleons als höchst verwerflich vor. Dagegen erkannte er die juristischen Gebrechen und Nachtheile in der 4. 5., und 6. Betrachtung S. 112 — 201 eben so scharf als in dem Wesen des Schwurgerichts begründet, und bezweifelte alle Wirksamkeit einer nachhelfenden Gesetzgebungskunst. Als Resultat stellte Feuerbach auf, daß in einem Staat, wo die Nation sich im Genuß politischer Freiheit befinde, weil das Geschwornengericht ein Schutzmittel derselben sey, die durch die politische Bedeutung gebotenen Vortheile groß genug seyn könnten, um die Nachtheile, welche das Geschwornengericht als juristische Anstalt mit sich führe, bei weitem zu überwiegen und diese erträglich zu machen, da ja auch der

Digitized by Google

Engländer die letzteren als den Preis betrachte, womit Alt-England seine Freiheit bezahle, daß dagegen in Staaten, nach deren Verfassung das Geschwornengericht als politische Anstalt nichts wirke, als eine bloß gebrechliche Rechtsanstalt weit hinter die ständigen Collegien rechtsgelehrter Richter trete.

§. 3.

Nach Feuerbach wurde der Streit über die Vorzüge des Schwurgerichts ein sehr lebhafter, ja oft leidenschaftlicher und größtentheils mit dem über das mündliche und öffentliche Verfahren, das man sich kaum ohne Geschworne vorstellen mochte, verbunden geführt. Die Literatur wurde durch Abhandlungen in Zeitschriften und Monographien, theils über das mündliche und öffentliche Strafverfahren in Verbindung mit dem Schwurgericht, theils über letzteres allein, sehr bereichert. Es sollen nur die bedeutendsten davon und besonders diejenigen, welche größere Ausführungen über das Schwurgericht enthalten, angeführt werden.

Vereinzelte Stimmen finden sich zunächst in den ersten Jahrgängen des seit 1817 erscheinenden niederrheinischen Archivs für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege und in v. Kamptz Jahrbüchern. Zu erwähnen sind besonders Ph. Hadamar, Vorzüge der öffentlich-mündlichen Rechtspflege, Mainz 1815; Th. Schramm, freimüthige Bemerkungen über das öffentlich-mündliche Verfahren, Elberfeld 1817; van der Leyen, das Geschwornengericht, oder Mängel und Nachtheile desselben, Köln, 1817; Trittermann, die Nachtheile des öffentlichen Verfahrens in bürgerlichen und peinlichen Rechtssachen und der Anstalt der Geschwornengerichte, Düsseldorf, 1817; auch gegen dieses Institut erklärte sich Rappard in der Schrift über das Brauchbare in der französischen Criminalverfassung und Proceßordnung, Köln, 1817, und Martin in seinem Lehrbuch des Strafproceßes. Für das Schwurgericht fehlte es aber auch nicht an Stimmen, dahin gehört Gottfried Weber, Nachlese über das mündliche und öffentliche Gerichtsverfahren, Darmstadt 1818, besonders J. P. Brewer, über das öffentliche Verfahren vor Gericht, nebst einem Anhang als Vertheidigung der Geschwornen-Anstalt gegen die Einwürfe des Herrn von Feuerbach, Köln 1818, und Koels Briefe über die Angelegenheiten der deutschen Rheinlande, Nürnberg 1818. Einen Triumph aber feierten die Fürsprecher des Schwurgerichts, als die

Digitized by Google

königl. preußische Immediat-Justizcommission zu Köln, welche, nachdem mannichfache Petitionen aus den Rheinlanden um Beibehaltung des französischen Strafverfahrens nach Berlin gewandert waren, den Auftrag erhalten hatte, ihr Gutachten darüber abzugeben, in Folge davon außer dem Gutachten über das öffentliche und mündliche Verfahren in Untersuchungssachen, und dem über das öffentliche Ministerium, in seinem dritten Einzelgutachten sich für Beibehaltung des Schwurgerichts (Berlin 1818. Leipzig 1842) erklärt hatte. Dieses berühmt gewordene Gutachten erzeugte manche tiefer gehende Forschungen über das Wesen des Schwurgerichts, welche aber zum größeren Theil gegen dasselbe ausfielen. Dahin gehört die Schrift von C. J. von Sparre-Wangenstein über Geschwornengerichte, Leipzig 1819, worin er der Immediat-Justizcommission auf ihre Aufforderung seine langjährigen Beobachtungen mitgetheilt hat und einen rechtsgelehrten Gerichtshof der Jury vorzieht. Besonders zeichnet sich durch Schärfe und Gründlichkeit die Prüfung der Gutachten der preußischen Immediat-Justizcommission zu Köln von Grävell (2 Theile, Leipzig 1819), aus, welcher schon 1808 in Mathis' juristischer Monatsschrift, Bd. VII. S. 318 sich gegen das Schwurgericht erklärt hatte, aber dasselbe als eine Zeitforderung unter gewissen Bedingungen und Beschränkungen (gemischte Collegien) aufgenommen wissen will. Mittermaier sprach sich in seiner kleinen Schrift: die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschwornengericht in Vergleichung mit dem deutschen Strafverfahren, Landshut 1819, für Beibehaltung des Schwurgerichts in denjenigen Ländern, in welchen es einmal in jener Zeit eingeführt sey und das Volk die Beibehaltung wünsche, aus, verneinte dagegen die Frage, ob auch in Ländern, in denen Geschwornengerichte nie bekannt gewesen seyen, an der Stelle der Entscheidung durch rechtsgelehrte Richter die Jury eingeführt werden solle, indem er die Voraussetzungen, Charakter und Cultur eines Volkes, eine verwickelte Strafgesetzgebung, politische und bürgerliche Verhältnisse wohl bedacht wissen will, und besonders das Institut von der juristischen Seite angreift. Die Vortheile, welche die Freunde der Jury anführten, meinte Mittermaier, bewiesen nur, daß auch durch sie die Wahrheit gefunden werde, aber damit sey noch keine Garantie für gerechtere Entscheidungen als die rechtsgelehrter Richter gegeben, und vor allen Dingen wä-

Digitized by Google

ren einzelne Einwendungen gegen die Jury noch nicht widerlegt, namentlich die Principwidrigkeit der Trennung der Thatfrage von der Rechtsfrage, besonders der Mangel einer zur Entscheidung der Thatfrage nothwendigen Bildung und Erkenntniß des subjectiven Thatbestandes und die Inappellabilität der Schwurgerichtsurtheile. Zu den Gegenschriften gegen das erwähnte Gutachten gehört namentlich die aus sechs und dreißigjähriger Erfahrung schöpfende des Criminalraths Mosqua über das Geschwornengericht, Berlin, 1820.

Endlich schließt die nur aus dem einseitigen politischen Gesichtspunkt (als Anhängsel wahrer constitutioneller Freiheit) motivirte Befürwortung des Schwurgerichts von Ph. J. Siebenpfeiffer, über die Frage unsrer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege, Heidelberg 1823, S. 190 ff. den dogmatischen Streit über die Vortheile oder Nachtheile des Schwurgerichts auf einige Zeit ab, der jedoch, um später nach kaum 10 Jahren von neuem auszubrechen, nur einstweilen ruhte.

§. 4.

Die historische Schule stiftete nämlich durch ihr Erwachen einen Waffenstillstand, und die Bearbeitungen richteten sich vorzugsweise auf die geschichtliche Ergründung des so viel besprochenen und bestrittenen Institutes.

Schon v. Sparre-Wangenstein a. a. O. S. 7 ff. hatte die Anfangselemente des Schwurgerichts aufgesucht und behauptet, daß seine Aussprüche die Ordalien ersetzt hätten; er verwarf die Annahme des römischen Ursprungs, suchte dagegen die frühere Entstehung der Jury in Frankreich namentlich unter Bezugnahme auf eine Ordonnanz von 1194, in welcher die Jury als eine bekannte und praktisch gebrauchte Anstalt erwähnt wurde, während man in England keine hinter das Jahr 1215 zurückreichenden Nachrichten darüber habe.

Wichtiger wurden jedoch die Forschungen Rogge's über das Gerichtswesen der Germanen, Halle, 1820, welcher höchst schätzbare Beiträge über germanische Freiheit, Genossenschaften und Frieden, Gerichtsverfassung, Gerichtsverfahren, besonders über das Beweisrecht der Germanen, über Zeugen und Urkunden, namentlich aber über das germanische Eideshelferinstitut lieferte und hieran die Schwurgerichte, die er aber unter Berufung auf das Jütische Lowbuch von 1240 als ein nordisches Institut, die s. g. Nämda,

Digitized by Google

bezeichnet, anschloß. Auch der gründlichste Forscher jener Zeit, Maurer in der von der Academie der Wissenschaften zu München mit dem ersten Preis gekrönten Geschichte des altgermanischen und namentlich altbaierischen, öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, Heidelberg, 1824, hat im §. 85 einen Excurs über die Entstehung des Schwurgerichts gemacht, sich gleichfalls gegen die ursprüngliche Ableitung aus dem römischen Alterthum *) erklärt und sich an Rogge's Meinung angeschlossen, aber die Abkunft des Schwurgerichts von dem Eideshelferinstitut in England behauptet.

Von besonderer Bedeutung für die Geschichte des Schwurgerichts waren Bieners Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsproceßgesetzes und der Geschwornengerichte, Leipzig, 1827. Er hat sich gegen die Annahme erklärt, daß die Geschwornengerichte in der Normandie entstanden und nach England übertragen worden seyen, und meint, daß wohl das Umgekehrte der Fall gewesen seyn möge, weil das Institut der Geschwornengerichte in England viel schärfer bestimmt und geregelt gewesen sey und das normännische Verfahren den Charakter einer freieren Nachbildung englischer Hauptideen an sich trage. Nach gründlichen Studien englischer Schriftsteller Blackstone's und Reeves', Glanvilla's, Bractons, Brittons und Fleta's hat er die Entstehung und erste Ausbildung der Geschwornengerichte in Civilsachen nach den Beschlüssen der Reichsversammlung von 1164 und 1176, den Ursprung der Rügejury in den Gesetzen Ethelreds und Wilhelms des Eroberers, die Entstehung der Urtheilsjury durch eine Verordnung Heinrich III. von 1219, und das Verfahren vor den Geschwornengerichten damals am ausführlichsten beschrieben.

Von großer Bedeutung war auch das umfängreiche Werk (506 Seiten starke) von Zentner, das Geschwornengericht mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, Freiburg, 1830, worin der Verfasser eine gründliche geschichtliche Darstellung, unter Aufsuchung aller möglichen Anknüpfungspunkte bei verschiedenen Nationen, im ersten Theil vorausgeschickt, dann im zweiten Theil eine theoretisch-dogmatische Erörterung des Schwurgerichts mit Rücksicht

*) Gegen den Schriftsteller im Hermes 1822 Nr. XIII. Vgl. auch G. L. A. Comes *de Blankensee* de judicio Juratorum apud Graecos et Romanos Goett. 1812.

Digitized by Google

auf Deutschland gegeben, und in letzterer sehr gründlich das Schwurgericht als Rechtsanstalt und dann als politisches Institut geprüft hat. Das Resultat ist zu Gunsten des Schwurgerichts ausgefallen. Zu erwähnen ist auch Venedey, das Geschwornengericht in den preußischen Rheinprovinzen, Köln, 1830.

§. 5.

Die historischen Erörterungen des Schwurgerichts hatten dem Streit nunmehr eine solidere Basis gegeben, indem man zu einer Erkenntniß des Instituts in seinem Vaterlande und seiner Veränderungen in Frankreich gelangte, und nun viel richtigere Urtheile über den Werth oder Unwerth des Institutes fällen konnte, als früher, wo man entweder in blinder Verehrung des französischen Schwurgerichts besonders in den Rheinlanden für dessen Beibehaltung und weitere Verbreitung schwärmte, oder in gar zu patriotischem Abscheu gegen das Franzosenthum lieber das alte Inquisitionsverfahren behalten, als ein in den Händen der Politik liegendes Rechtsinstitut, welches sich freilich als ein schwankendes Rohr unter revolutionärem wie unter despotischem Einfluß gezeigt und das Vertrauen zu sich untergraben hatte, aufnehmen wollte.

Die historischen Forschungen in den zwanziger Jahren von Rogge, Maurer, Buchner, v. Freiberg, Steinert, die Bieners und Zentners, welche zum größten Theil sich des germanischen Processes bemächtigt und dessen Grundelemente zu Tage gefördert hatten, hatten vorzüglich zum Bewußtseyn gebracht, daß die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des processualischen Verfahrens dem deutschen Proceß früherer Zeiten eigenthümlich gewesen, und daß damit das Institut der Schwurgerichte gar nicht zusammenhänge, dieses vielmehr ein fremdländisches und keineswegs zur Reform des Strafverfahrens nothwendiges Proceßinstitut sey. Die Folge hievon war, daß gegen Ende der zwanziger Jahre, gegenüber den französirenden Tendenzen in den Rheinlanden, in dem Lande, welches sich um die Sache selbst durch wissenschaftliche Förderung das größte Verdienst erworben hatte, indem seine Akademie der Wissenschaften die wichtigsten Tagesfragen zum Wettkampf aussetzte, nämlich in Bayern, der Versuch gemacht werden sollte, das deutsche Strafverfahren aus germanischen Elementen zu restauriren und dabei das französische Recht zu ignoriren. Es wäre vielleicht

Digitized by Google

gelungen und die Geschichte des Strafprocesses hätte die Bahn eingeschlagen, welche sie auf Umwegen unseres Erachtens wohl bald wieder finden wird. Aber plötzlich erwachten in Deutschland mit der Julirevolution wieder Ideen, die den alten Streit, wie Geib in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, XV. S. 100—103 trefflich geschildert hat, wieder auf den Standpunkt des Beginnens zurückschoben. Diese Ideen schaarten sich unter dem Panier des Liberalismus zusammen, welcher das Franzosenthum als den Vorkämpfer aller politischen und Rechtsreformen betrachtete und in seinem blinden Eifer für die französischen Proceßeinrichtungen namentlich Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Schwurgericht schwärmte, sich aber theils in totaler Unwissenheit über diese Institute im germanischen und englischen Recht und nur in oberflächlicher Kenntniß jener befand, theils das, was die Wissenschaft darüber festgestellt hatte, ignorirte und keiner tieferen Prüfung unterwerfen wollte, weil in Frankreich so vieles Aehnliche parat vorlag und nur recipirt zu werden brauchte. Dieser Liberalismus war bereit, die Nationalität zu opfern und deßhalb verdiente er das Schicksal, das ihn traf. — „Die Träger des Juliliberalismus waren in Spott und Verachtung gesunken". In Folge dieses Rückschlages wurden im Jahre 1831 der bayerischen Ständeversammlung mehrere das Verfahren vor Schwurgerichten betreffende Gesetzentwürfe von der Staatsregierung vorgelegt, wodurch das Schwurgericht außer Rheinbayern im ganzen Königreich eingeführt werden sollte. Gegen das Schwurgericht s. auch den badischen Merkur, 1831, Nr. 58, 62, 66, 67, 72, 73. Erst gegen Ende der dreißiger Jahre fing man an, ruhiger über die lebhaftesten Tagesfragen der Reform des Strafverfahrens zu denken und zu schreiben, bis gegen Ende der vierziger Jahre der Sturm mit erneuerter Kraft, aber doch in einer veränderten Richtung, wieder hereinbrach.

Der Liberalismus blieb, aber er wurde doch wenigstens ein deutscher Liberalismus, dem es ernstlich um eine gründliche Reform des Processes zu thun war, und der in der That auch erreichte, was er wollte.

§. 6.

Der Kampf um das Schwurgericht war von dem Ende der dreißiger Jahre an ein gründlicherer geworden, da fast keine dog-

Digitized by Google

matische Erörterung darüber sich ganz von aller Geschichte lossagte; derselbe wurde wie von Anfang an immer noch nach den beiden Richtungen hin geführt, daß man die politischen und juristischen Vortheile gegen einander abwog, den ersteren aber doch immer die größere Beachtung widmete.

Da die Literatur in den letzten zwei Jahrzehnten sich sehr vermehrt hat, können bloß die wichtigeren Erscheinungen in kurzer Charakterisirung besprochen, die minder bedeutenden jedoch nur genannt werden.

Aus den dreißiger Jahren ist zunächst zu erwähnen die Schrift von Buß, zur Lehre von dem Geschwornengericht, Freiburg, 1835, wovon nur das erste Heft existirt, welches eine Uebersetzung einer geschichtlichen Abhandlung über das Geschwornengericht, die Abschwörung der Schuld- oder Eideshülfe und andere coordinirte Einrichtungen, die früher in Skandinavien und auf Island gebräuchlich waren, von Repp, aus dem Englischen enthält; ferner Fray, das Geschwornengericht aus historisch strafrechtlichen Gesichtspunkten, Bern, 1835, Oppen, Geschworne und Richter, Köln, 1835, Mohl, über das Geschwornengericht, Heidelberg, 1838.

Besonders reich an Literatur ist das folgende Jahrzehnt. Wir eröffnen diese Epoche mit der Erwähnung dreier Schriften. C. Th. Welcker, trat in bekannter feuriger Weise als „wüthender Gegner" des Inquisitionsproceßgesetzes und eifrigster Vertheidiger des Schwurgerichts in einer besonders aus dem Staatslexicon Bd. IX. abgedruckten Schrift: Jury, Schwur- oder Geschwornengericht als Rechtsanstalt und als politisches Institut, Altona, 1840, auf, worin er den Ursprung desselben aus dem altdeutschen Volks- und Schöffengericht nachzuweisen versucht und eine recht einseitige Darstellung der Vortheile desselben als eines politischen Instituts gegeben hat. Ihm zur Seite stand F. G. Leue in seiner Schrift: Der mündliche und öffentliche Anklageproceß, Aachen, 1840; beiden aber entgegen ein rheinbayerischer Praktiker Möhl, welcher in der Schrift: Jury u. s. w. als Rechtsanstalt und politisches Institut, Altona, 1840, zwar die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit als nothwendige Reformerfordernisse anerkannte, aber sich

Digitized by Google

gegen die Zweckmäßigkeit und Sicherheit des Schwurgerichts rücksichtlich der Rechtssprechung erklärte. Hieran schließt sich noch Abegg in den Beiträgen zur Strafgesetzgebung, Neustadt, 1841; er hat sich keineswegs für das Schwurgericht ausgesprochen. Das öffentliche Verfahren vor dem Geschwornengericht von A. Sternfeld, Zweibrücken, 1840, 2. Auflage, 1848, enthält außer einer kurzen Beschreibung der englischen Jury eine Beschreibung des Schwurgerichtsprocesses in Rheinbayern für Bürger, die keine Gelegenheit Verhandlungen beizuwohnen gehabt hätten, und wird mit vierundzwanzigjährigen Erfahrungen eines Assisengerichtsschreibers unterstützt. Nur bedingt oder mit Beschränkungen erkannten Lemann über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Strafverfahrens in den preußischen Staaten, Culm, 1842, und der in der Praxis des Inquisitions- und des französischen Processes erfahrene Molitor in v. Jagemanns und Röllners Zeitschrift für Strafverfahren, Bd. III. Nr. 1, die Wirksamkeit des Schwurgerichts an. Auch eine Dissertation ist hier zu erwähnen: Th. C. Reynolds, de vera judicii juratorum origine, natura et indole, Heidelberg, 1842. Auch das Jahr 1843 war ziemlich ergiebig; es erschienen vier erwähnenswerthe Schriften, wovon wir zuerst die etwas hochtrabende, Irrthümer und wenig Neues enthaltende von C. C. Krause, die deutschen Schwurgerichte, Leipzig, 1843 (vergl. darüber auch Geib in den kritischen Jahrbüchern, 1844 S. 106), worin der Verfasser die Einführung des Schwurgerichts fordert, erwähnen. Gegen dasselbe erklärt sich v. Buttel in den von ihm und von Hagen herausgegebenen Briefen: Der Richter als Geschworner, oder Geschwornengerichte mit Mündlichkeit und Anklage? Oldenburg, 1843, und besonders der französische Advocat Fölix, über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens, dann über das Geschwornengericht, Carlsruhe, 1843, worin er sich sogar gegen die Oeffentlichkeit aussprach und dadurch großes Aufsehen erregte. Seine Schrift wurde von Geib a. a. O. günstig recensirt, allein dagegen erhoben sich de Vaulx in der Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes, XVI. S. 153 ff. und Molitor in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Bd. III. S. 1 ff. Endlich von Bedeutung war das sehr competente Urtheil Brinckmanns in der Schrift über Schwurgerichte in Strafsachen und deren Einführung in Holstein und Schleswig, Kiel, 1843; nach Mittheilungen aus seiner schwurgerichtlichen Praxis in West-

Digitized by Google

phalen gestand er den Geschworenen die Fähigkeit, Richter zu seyn, zu, erklärte sich dennoch aber gegen Einführung derselben besonders deßhalb, weil das Bedürfniß einer so weit gehenden Reform gänzlich mangele. Im Norden Deutschlands wurde im vorgehenden, diesem und dem nachfolgenden Jahre sehr lebhaft über das Schwurgericht debattirt. In Hamburg erklärte sich die zur Erörterung der Frage eingesetzte Commission in ihren Berichten an die Unterzeichner einer Petition vom 8 Juni 1842, Hamburg, 1843, für Einführung des mündlichen und öffentlichen Anklagverfahrens, aber bei der Theilnahme des Volks an öffentlichen Angelegenheiten und der Verfassung des Freistaats gegen die Jury. Viele Aussprüche geistreicher Männer wurden in Schleswig und Holstein in jenen Jahren gethan, als die Reform des Strafverfahrens auch in der Ständeversammlung zur Mitberathung kam. Eine gute Uebersicht der Stimmen findet sich in Mittermaiers Werk: die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht, Stuttgart und Tübingen, 1845, §. XIX., auf welches überhaupt zur Erlangung einer Kenntniß über die Erörterungen aller jener Tagesfragen in den verschiedenen Landtagen oder Kammern verwiesen wird.

Aus dem Jahre 1844 sind bloß zu nennen: Vogel, Würdigung des Rechtsinstitutes der Geschwornen, Leipzig, 1844, Hecker, Ideen zu einer Reform des Gerichtswesens, Mannheim, 1844, Puchta, der Inquisitionsproceß mit Rücksicht auf eine zeitgemäße Reform des deutschen Strafverfahrens, Erlangen, 1844. Einiges Aufsehen und mannichfache Anfeindungen erregte des Schleswiger Höpfners Schrift über den Anklageproceß und das Geschwornengericht, Hamburg, 1844, worin der Verfasser mit großem Eifer gegen die Jury ankämpft, auch die Staatsanwaltschaft verwirft und den gemeinen Strafproceß nach allen Seiten hin zu vertheidigen sucht. Außer den Genannten erhoben sich noch drei Stimmen von großem Gewicht, zwei für, die dritte gegen das Schwurgericht. Köstlin in Schweglers Jahrbüchern der Gegenwart, 1844, Semester II. S. 332 hielt bei der Unbrauchbarkeit aller Beweisregeln das Schwurgericht für die Hauptreform des Strafverfahrens. Sehr bemerkenswerth ist das viele Einzelnheiten bietende und auf gründliche Gerichtsstudien, sowie auf Vergleichung des englischen und französischen Schwurgerichts gestützte Urtheil von Rintel, die

Digitized by Google

Jury, Münster, 1844. Er betrachtet die Jury als Ersatzmittel für das Geständniß; das von ihr abgegebene Zeugniß über die Sache erscheint ihm als Nothwendigkeit des Beweises, den er an gewisse Regeln gebunden wissen und weßhalb er auch nur einstimmige Urtheile zulassen will. Dagegen Geib sprach sich in Richters kritischen Jahrbüchern a. a. O. S. 107 ff. bei Gelegenheit der Anzeige der erwähnten Schrift von Fölix in wenigen Worten, aber den Kern der Streitfrage doch haarscharf treffend, gegen die Tauglichkeit des Schwurgerichts aus. Sehr richtig wurde dort hervorgehoben, daß die ganze Streitfrage aus dem Gebiet des Rechts von vornherein auf das der Politik verschoben worden sey; bei einer Reform des Rechts könne es sich nur darum handeln, ob sie sich vortheilhaft oder nachtheilig für das Recht darstelle, in concreto, ob Geschworne oder rechtsgelehrte Richter geeigneter seyen, einen gegebenen Criminalfall richtig zu entscheiden, und dieß müsse die Hauptfrage in dem ganzen Streite bleiben; möchte sich auch das Schwurgericht als politische, namentlich als Volksbildungs-Anstalt noch so brauchbar zeigen, aber juristisch verwerflich seyn, so müßte dennoch, wenigstens von den Juristen, der Stab über dasselbe gebrochen werden, weil sonst „die Gerechtigkeit der Politik zum Opfer gebracht werde." Von den späteren Schriftstellern blieb dieser Ausspruch leider unbemerkt oder im politischen Eifer und absichtlich unbeachtet.

§. 7.

Hieran schließen sich zunächst aus dem folgenden Jahre die Meinungen bedeutender Autoritäten. Biener erklärte sich in einer Abhandlung über die neueren Vorschläge zu Verbesserung des Criminalverfahrens in Deutschland in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. XII S. 102 ff. im allgemeinen gegen Einführung des Schwurgerichts, indem er vorzugsweise den juristischen Charakter desselben prüfte und zu dem Resultat kam, daß es den Geschwornen vorzugsweise an Capacität und competentem Urtheil über offenbare Rechtsfragen fehle, daß aber ausnahmsweise da, wo es auf rein menschliche Beurtheilung ankomme, nämlich da, wo jüngeres Alter, heftig aufgeregte Leidenschaften, Geistesverwirrung die Zurechnungsfähigkeit zweifelhaft machten, Geschworne zugezogen werden möchten*). Braun in der Schrift: Hauptstücke des

*) Dieses Zugeständniß hat Biener später in der Vorrede zu seinem Werk: das englische Geschwornengericht I. 1852 als übereilt zurückgenommen.

öffentlich mündlichen Strafverfahrens, Leipzig, 1845, suchte die praktischen und politischen Vortheile des Schwurgerichts darzulegen und mit freilich nur wenigen Erfahrungen einer sehr kurzen Autopsie zu belegen. Dagegen Rintel in den Beiträgen zur Würdigung der französischen Jury, Münster, 1845, sprach sich nur für das Schwurgericht nach englischem Muster und nur unter den erwähnten Bedingungen dafür aus. Zu erwähnen ist v. Wächter, die Entscheidung über die Thatfrage im deutschen Criminalgericht, in den Beiträgen zur deutschen Geschichte, Tübingen, 1845. S. 74*).

Mittermaier, dessen Stimme schon früher (1819) gegen das Schwurgericht vernommen worden war, unterwarf die Frage über den Werth desselben einer gründlicheren Prüfung in seinem Werk: Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht, Stuttgart und Tübingen, 1845, S. 363 ff. und zwar nach folgenden drei Hauptseiten hin: 1. „insofern die Jury als Rechtsanstalt und als das zweckmäßigste Mittel betrachtet wird, die Wahrheit der Thatsachen, von deren Daseyn die Anwendung der Strafgesetze abhängt, zu entdecken und darüber zu entscheiden; 2. insofern sie als politisches Institut erscheint, und 3. in der Richtung der Jury als Mittel, die gerechteste Anwendung der Strafgesetze zu begründen und das materielle Recht am besten mit dem formellen in Einklang zu bringen." Der Verfasser verkennt die Vorzüge und Mängel keineswegs, aber er enthält sich einer bestimmten, durchgreifenden Entscheidung, ob in Deutschland Schwurgerichte oder rechtsgelehrte Richtercollegien die urtheilenden Gerichte in Strafsachen seyn sollen; er meint, daß vielmehr alles darauf ankomme, „wie nach den bezeichneten Richtungen die Schwurgerichte durchgeführt werden und jene Voraussetzungen, von deren Daseyn allein die Wirksamkeit der Jury abhänge, in dem Lande, in dem sie eingeführt werden solle, vorhanden seyen"; jedenfalls habe die Wissenschaft erst das Detailmaterial noch mehrfach zu erörtern. Dasselbe Resultat stellte Mittermaier in §. 45 seines deutschen Strafverfahrens, Heidelberg, 1845, auf.

*) „Politisch hat das Institut seine wichtige Seite. Allein es wird dadurch, was niemals geschehen sollte, das Recht der Politik zum Opfer gebracht, und auch auf dem Felde der Politik ist es ein einseitiges Institut."

Digitized by Google

Aus dem Jahr 1846 ist ein Aufsatz v. Jagemanns in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von Jagemann und Nöllner gegen das Schwurgericht zu erwähnen, und H. A. Zachariä's Ansicht in seiner Schrift über die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, Göttingen, 1846, S. 299 ff.; da er hier die Nothwendigkeit einer Beweistheorie dargethan hatte, mußte er natürlich nach seinen Prämissen auch das Schwurgericht principiell verwerfen. Die Trennung der That- und Rechtsfrage und zwei verschiedene Geistesoperationen beim Strafurtheil bezeichnet er als eine grelle Unnatürlichkeit und verwirft besonders aus diesem Rechtsgrund das Institut, aber kann auch in politischer Hinsicht weder die Nothwendigkeit noch die Zweckmäßigkeit des Schwurgerichts als erwiesen betrachten. Außerdem erschienen noch die Forschungen und Ideen Bieners in seinen Beiträgen (1827) a. a. O. mehrfach ausgearbeitet in seinen Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, Leipzig, 1846 und 1848. Dagegen das Jahr 1847 brachte wieder mehrere Arbeiten über unsern Gegenstand. Dahin gehört die Schrift von Michelsen, über die Genesis der Jury, Leipzig, 1847, worin namentlich eine geschichtliche Ableitung des Instituts aus den nordischen Rechten gegeben wird; ferner folgende Schriften, Schletter, der öffentlich-mündliche Strafproceß in Deutschland, Altona, 1847; Gundermann, Geschichte der Entstehung der Jury in England, München, 1847; F. G. Leue, das deutsche Schöffengericht, Leipzig, 1847, und v. Stemann, die Jury in Strafsachen, Hamburg, 1847. Letzterer stellt das englische und französische Schwurgericht geschichtlich dar, widerlegt die Ansichten von der Unabhängigkeit desselben und weist nach, daß die Rechtssprechung dadurch nicht mehr als durch rechtsgelehrte Richtercollegien gefördert werde. Sehr richtige Ansichten finden sich aber in den strafrechtlichen Fragen der Gegenwart von einem süddeutschen Juristen, Heidelberg, 1847, S. 95 — 159. Abgesehen von den geschichtlichen Resultaten sind die dogmatischen besonders wichtig; es wird nachgewiesen, daß der Natur der Sache nach eine gerechte und umsichtige Entscheidung der Thatfrage durch ungebildete und ungeübte Richter nicht denkbar sey, daß vielmehr das Bedürfniß einer wissenschaftlichen und namentlich auch rechtsgelehrten Bildung für die Richter aus der Natur der Sache folge, daß ferner die aus der Rechtsgelehrtheit, Ständigkeit und Staats-

Digitized by Google

dienereigenschaft der Strafrichter abzuleitenden Ausstellungen theils auf thatsächlichen Unwahrheiten und seichten Auffassungen, theils auf gedankenwidrigen Schlüssen beruhten, endlich, daß in Deutschland eine dem Schwurgericht zu vergleichende Einrichtung niemals existirt, vielmehr auf Grundlagen des alten Rechts und in dessen folgerichtiger Fortbildung das aus rechtsgelehrten Richtern bestehende Strafgericht sich festgestellt habe.

§. 8.

Obgleich die meisten und gewichtigsten Stimmen sich entweder direct gegen die Einführung des Schwurgerichts oder nur unter gewissen Voraussetzungen für dieselbe ausgesprochen hatten, so wurde doch endlich auf dem Germanistencongreß zu Frankfurt, 1846 und auf dem zu Lübeck, 1847, thatsächlich jener langjährige Streit zu Gunsten des Schwurgerichts entschieden, und die Folgen dieser Entscheidungen waren für die Zukunft Deutschlands von der größten Bedeutung. In Frankfurt wurde eine Commission zur Berichterstattung über die Schwurgerichte ernannt, und diese legte dem Germanistencongreß zu Lübeck die gesammelten Erfahrungen namentlich über das englische Institut vor, suchte die politischen Vorzüge weniger in Anschlag zu bringen, als vielmehr alles Gewicht in die Frage zu legen, ob und wie die Schuldfrage von nicht rechtskundigen Männern entschieden werden könne. (Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck im September 1847, S. 68—91). Es war aber in der Verhandlung selbst der Liberalismus wieder, welcher den Sieg über die ruhige Besonnenheit des gründlichen Wissens davontrug. Wer will läugnen, daß durch jene Versammlung ein über bloße Wissenschaftlichkeit sich überhebender Geist politischer Tendenzen wehte, und daß das Streben nach Rechtsreformen eben nicht unbefangen und rein von politischen Einflüssen blieb? Der Journalismus hatte immer kühner sein Haupt erhoben und unter den Forderungen zur Erreichung eines größeren, öffentlichen Lebens auch das Schwurgericht, welches ihm nur von der politischen Seite als Volksgericht vorschwebte, mit aufgestellt; gerade hieraus schöpften die Meisten ihre Kenntniß von dem Institut und erachteten sich als competente Sachkenner berufen, durch Schlagworte über das Schwurgericht richten zu können. Auch in den Verhandlungen zu Lübeck herrschte jener allgemeine Drang nach

Digitized by Google

Theilnahme des Volks an öffentlichen Angelegenheiten und eine liberale Gefühlsschwärmerei vor, und selbst die Vorträge eines Dahlmann, Jaup, Michelsen trugen das Gepräge einseitiger politischer Auffassung. Der Kernpunkt, ob das Schwurgericht in Deutschland als Strafgericht eine größere Garantie gerechter Rechtssprüche als rechtsgelehrte Richtercollegien gebe, und eine Zergliederung der einschlagenden Fragen konnte nicht genügend enthüllt werden, weil die praktische Erfahrung und tiefere Einsicht entweder ganz fehlte, oder weil sie durch englische und französische Vorbilder präoccupirt war. Es fehlte nicht an Gegnern der Schwurgerichte, aber auch diese wurden zu Vertheidigern derselben, besonders durch die Vermittelungspolitik gewisser Fürsprecher, welche unter einzelnen Voraussetzungen und Modificationen, die damals wenigstens die Grundmängel zudecken sollten, das Institut anpriesen. Daher kam es auch, daß der Antrag, das „zurückgesetzte deutsche Volk" mit dem Schwurgericht zu beglücken, womit ein Weg zur „besten Entscheidung der Schuldfrage" gegeben werde, freilich dieß alles „unter gehörigen Voraussetzungen", durchging.

Die Folgen dieses Handstreichs des Liberalismus waren außerordentlich bedeutend. Die Juristen hatten ja nun selbst zugegeben, daß sie nicht mehr die zum Rechtsspruch in Criminalsachen Befähigten seyen, daß dem Volk ein alt angestammtes Recht zurückgegeben werden müsse, daß die Volksstimme das wahre Gottesurtheil auf Erden sey. Wie ein Flugfeuer verbreiteten sich die Lübecker Aussprüche durch die Zeitungen unter das Volk und machten die großen Redner, welche dem deutschen Richterstande kein besseres testimonium paupertatis geben konnten, zu populären Männern, untergruben damit aber auch das nur durch einzelne Hauptgebrechen des Strafverfahrens mit Recht, aber vielmehr durch viele Schreierei der Oppositionsjournale mit Unrecht wankend gemachte Ansehen der deutschen Gerichte vollends.

Endlich im Jahr 1848 war der Sieg des Schwurgerichts erreicht. An die provisorischen Gesetze zu Einführung von Schwurgerichten schlossen sich bald voreilige Lobpreisungen desselben an, und in den meisten deutschen Staaten haben sich jene von da an erhalten, ausgenommen in Oesterreich, im Königreich Sachsen in S. Altenburg wo sie, nachdem man bald trübe Erfahrungen damit gemacht hatte, wieder aufgehoben wurden.

Digitized by Google

Wie unklar man aber selbst in der Wissenschaft und Gesetzgebung noch über das Wesen des neu einzuführenden Processes war, das belegen Ausdrücke jener Zeit, welche ganz andere Dinge bezeichnen als das, was man wollte, oder heterogene Begriffe mit einander verbinden, oder Unterschiede verwischen; wir erinnern nur an das verhängnißvolle Wort: Anklageprincip, Mündlichkeit, und besonders an den Beschluß der deutschen Nationalversammlung in den Grundrechten §. 46, daß künftighin der „Anklageproceß" in Deutschland gelten solle.

§. 9.

Wichtig für die Dogmengeschichte des Schwurgerichts bleibt der Umstand, daß die Einführung desselben vorzugsweise von Gelehrten, von Ungelehrten aber fast ohne Unterschied als ein politisches Recht gefordert und von den Regierungen als solches zugestanden wurde, und daß bei der Gesetzgebung das französische Schwurgericht zum Muster genommen würde, trotzdem, daß Sachkenner das englische Institut für nachahmungswerther empfohlen hatten. Zur Erklärung des letzten Umstandes diene nur die Bemerkung, daß die deutschen Gesetzgeber im Drange der Zeit das englische Schwurgericht nicht erst kennen lernen konnten und lieber dem französischen Gesetzbuch rasch nacharbeiteten.

Ganz offenbar galt jetzt, als die deutschen Regierungen dem Volke die Concession der Einführung der Schwurgerichte gemacht hatten, das, was Geib früher bemerkt hatte: man war auf dem Punkte angelangt, die Gerechtigkeit der Politik zum Opfer zu bringen, mochte nun dieß, wie so manche andere Concession, im Sturme der Revolution in einzelnen Staaten fast zwangsweise erfolgt seyn, es war aber doch thatsächlich der Fall.

Seit dem Jahre 1848 wuchs die wissenschaftliche Bearbeitung der strafprocessualischen Tagesfragen außerordentlich schnell, da man nun Gelegenheit hatte, in der Praxis sich von den neuen Einrichtungen durch lebendige Anschauung genauere Kenntnisse zu verschaffen. Die Schriften und Abhandlungen über das Schwurgericht aus dem Jahre 1848 und 1849 tragen noch mannichfach das Gepräge des Enthusiasmus, aber es sind darunter doch auch einige ruhigere der Opposition, welche sich von dem politischen Brillantfeuer, mit dem das Schwurgericht vielfach noch erleuchtet wurde, nicht blenden

Digitized by Google

ließen. Ihnen wurde freilich in der Zuweisung der politischen und Preßvergehen an die Schwurgerichte, welche hierbei die offenbarsten Zeugnisse politischen Parteitreibens ablegten, die besten Waffen zum Angriff in die Hand gegeben, ferner aber auch dadurch, daß zwischen der Befähigung zum Geschwornenamte und der politischen Wahlberechtigung kein Unterschied gemacht wurde. Die Mißgriffe hierbei finden sich gut charakterisirt in Weiske's Rechtslexicon sub Schwurgericht von Schwarze, S. 12, 13.

§. 10.

Wir beginnen die neuere Literaturgeschichte über das Schwurgericht mit Dernburgs Schrift über den Werth und die Bedeutung der Schwurgerichte und die Mittel, dieselben criminalrechtlich zu vervollkommnen, Frankfurt a/M., 1848. Die Resultate hat der Verfasser im voraus (S. 3) aufgeführt: 1) Das Schwurgericht sey selbst kein criminalrechtliches Bedürfniß oder keine criminalrechtliche Nothwendigkeit; 2) sachkundige und ständige Richtercollegien seyen nicht weniger geeignet, auf den Grund einer öffentlichen und mündlichen Verhandlung ein gerechtes Urtheil zu fällen, und das Geschwornenurtheil dürfe keine andere Grundlage haben, als das Urtheil rechtsgelehrter Richter, die Beweisfrage habe mit dem Fallen der Beweistheorie aufgehört, eine Rechtsfrage zu seyn, und sey dem Gebiete der freien Kunst (also doch einer Kunst?) anheim gefallen, die dem Juristen ausschließlich zu vindiciren lächerlich wäre; 3) das französische Schwurgericht müsse als lückenhaft verworfen werden; 4) das Schwurgericht sey aber politisch vorzüglich und zur juristischen (?) Nothwendigkeit geworden, es könne und müsse das Resultat eines politischen, des demokratischen Principes seyn, dessen Ideal in der Vereinfachung der Gesetze und Staatseinrichtung liege, so „daß jeder Bürger zeitweise als Ehrenamt oder gegen eine geringe Entschädigung jeden Theil des Staatsdienstes versehen könne, und nur die hohen Stellen von ständigen Beamten verwaltet" würden; 5) die Mängel des Schwurgerichts lägen nicht in ihm selbst, sondern in der Art der Auffassung und seyen verbesserlich, namentlich durch Abgabe von Entscheidungsgründen.

Diese Schrift kokettirt so auffallend mit der damaligen Zeitrichtung, daß sie wohl manchen von der Volkssouveränetät erfüllten

Digitized by Google

Kopf mit großer Zuverſicht zum geſetzgeberiſchen und richterlichen Beruf erfüllt haben mag; der Verfaſſer hat dabei aber ſelbſt die logiſche Balance verloren, indem er die criminalrechtliche Nothwendigkeit der Jury beſtreitet, aus der politiſchen aber die juriſtiſche ableitet und in ein Labyrinth von hoffnungsvollen Selfgovernments gerathen iſt.

Noch einmal ließ ſich in dieſem Jahre Geib, deſſen Anſichten oben als ſehr beſonnene geprieſen wurden, vernehmen in ſeiner Schrift: Die Reform des deutſchen Rechtslebens, Leipzig, 1848, S. 126 ff., aber leider hatte er ſich in dem allgemeinen Drängen der Zeitereigniſſe mit fortreißen laſſen; denn er, der im Jahre 1844 darüber geklagt, daß man die Streitfrage aus dem Gebiete des Rechts auf das der Politik verſchoben hätte, und behauptet hatte, daß man, wenigſtens ein Juriſt, über das Schwurgericht, ſobald es vom juriſtiſchen Standpunkt als verwerflich erſcheine, unbedingt den Stab brechen müſſe, und daß die Gerechtigkeit der Politik zum Opfer gebracht werde, wenn ein Staat trotz dieſes Beweiſes der juriſtiſchen Verwerflichkeit des Schwurgerichts es einführen wolle, er iſt nun auch von den politiſchen Vortheilen geblendet, ſo daß er die Gerechtigkeit der Politik opfern laſſen und das Schwurgericht nach Kräften gefördert wiſſen will. Freilich betrachtet er die Einführung als eine politiſche Nothwendigkeit und jede Erörterung über die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit des Schwurgerichts, gegenüber dem allgemeinen Verlangen des Volks und der Erfüllung desſelben von Seiten der deutſchen Regierungen, als eine müßige und unpraktiſche. Jedenfalls iſt dieß kein richtiges Princip; die Wiſſenſchaft hat die objective Wahrheit darzuſtellen, und war das allgemeine Verlangen ein überſtürztes und unklares und die Erfüllung von Seiten der Regierungen eine theils erzwungene, theils gleichfalls auf mehr einſeitiger Prüfung der Sache beruhende, ſo war es gerade Aufgabe der Wiſſenſchaft, ihre warnende Stimme muthig ertönen zu laſſen, und die juriſtiſchen Mängel beſonders ſcharf ans Licht zu ſtellen. Auch das Erwachen des politiſchen Lebens im Jahre 1848 rechtfertigte eine Unterordnung des juriſtiſchen Geſichtspunktes nicht, weil das Recht immer über der Politik ſtehen muß, und vollends jenes politiſche Leben gar nicht, weil deſſen Richtung, auf die es nur ankommen kann, eine ganz krankhafte war. Geib läßt die

Digitized by Google

Lösung der den Schwurgerichten gestellten Aufgabe von der Erfüllung zweier Bedingungen abhängen, einmal von der Auswahl der Geschwornen, welche, weil der Charakter und Werth des Schwurgerichts ein politischer sey, mit der politischen Wählerschaft zusammenfallen könne; aber dieß ist sehr bedenklich und würde höchstens unter der Bedingung zugestanden werden können, daß das Wahlrecht an die Präsumtion intellectueller und moralischer Bildung und Selbstständigkeit gebunden wäre; dann aber soll den Geschwornen nur der factische, nicht auch der juristische Theil eines Processes zur Entscheidung zugewiesen werden. Behufs der Trennung der Thatfrage von der Rechtsfrage müßten aber vor allen Dingen die Strafgesetzbücher so eingerichtet werden, daß nicht juristische Begriffe, wie Versuch, Theilnahme, Fahrlässigkeit, Zurechnungsfähigkeit, Strafmilderung, Rückfall, Nothwehr u. s. w., mit in den speciellen Thatbestand hinein kämen, sondern das bloße Factum von jeder juristischen Beimischung rein herausgestellt werde. Die Schwierigkeit einer derartigen Umarbeitung verkennt Geib nicht, aber er hält eine Abstreifung alles wissenschaftlichen Gewandes der Strafgesetzbücher für absolute Nothwendigkeit, damit sie auch von dem juristisch Ungebildeten verstanden werden könnten. Man möchte fragen, wonach dann die mit dem eigentlichen Rechtsspruch betrauten Richter urtheilen sollen, ob für sie ein besonderes Strafgesetzbuch erlassen und für die Geschwornen ein bloßes Thatsachenbuch aufgesetzt, oder in welcher Weise beides verbunden werden könne? Das Princip ist an und für sich richtig; Geib erinnert sich sehr wohl noch seiner früheren trefflichen Deductionen, daß die Geschwornen als Laien nicht Rechtsfragen beantworten könnten, daher weist er ihnen bloß die Thatfragen zu, aber er zeigt den Weg nicht, wie man That- und Rechtsfrage bei einem Verbrechen, welches doch ein juristischer Begriff geworden ist, trennen kann, und die Unmöglichkeit der Trennung, welche der ganzen Sache s. z. s. den Hals bricht, läßt auch das Princip als bloße Idealität erscheinen.

Unberücksichtigt darf nicht die kleine Schrift von Hudtwalcker, „Gedanken über die Einführung von Geschwornengerichten in Criminalsachen in Hamburg", daselbst, 1848, bleiben. Der Verfasser knüpft an das frühere aus der französischen Herrschaft bestehende Institut der Jury in Hamburg an, und fügt die wenige spätere Literatur aus dem

Digitized by Google

Jahre 1828, und den von uns erwähnten Commissionsbericht von 1843 bei. Das Verdienst der Schrift liegt in einer übersichtlichen Zusammenstellung der Merkmale und Hauptunterschiede der englischen und französischen Jury. Der Verfasser erklärt sich nur für die erstere und nennt die letztere „eine mißlungene Verpflanzung eines fremden Gewächses auf unwirthbaren Boden"; er verkennt nicht, daß politische Rücksichten bei Einführung der Schwurgerichte in Deutschland den Ausschlag gegeben haben, aber er hält die Gründe dagegen, daß man das Rechtsprechen juristisch nicht gebildeten Männern anvertraue, für überwiegend und die Einführung der Jury in Hamburg gerade nicht für einen außerordentlichen Gewinn, gibt aber schließlich Wege zu einer Reform des Strafverfahrens für Hamburg an, welche leider immer noch nicht dort erfolgt ist.

In diesem Jahre erschien auch eine zweite Auflage von der 1840 zuerst herausgegebenen Schrift: Das öffentliche Verfahren vor dem Geschwornengerichte von A. Sternfeld, Zweibrücken, 1848. Ferner ist auch noch Hagens, über die Einführung der Geschwornen für Civil- und Criminalsachen, Paderborn, 1848, und die kleine Schrift von König, die Geschwornen, Hamburg, 1848, zu nennen, aus welcher wir zu ihrer Charakterisirung nur den Satz hervorheben: „Die Moral ist der Mentor der Geschwornen, und die Religion ihr Gewissen. Davor muß sich das Recht biegen." Es scheint fast, als sollten die Verdienste Thomasius' um die Unterscheidung zwischen Moral und Recht wieder aufgehoben werden. Zu erwähnen sind auch noch drei vorzugsweise historische Schriftchen über den Ursprung des Schwurgerichts. Die schon 1812 vom Grafen von Blankensee geschriebene Dissertation, welche die Anfangselemente der Schwurgerichte aus der ältesten Vorzeit abzuleiten suchte, erschien übersetzt und mit einem Vor- und Nachwort von G. M. Kletke begleitet. In dem Nachwort hat letzterer die Grundgedanken der englischen und französischen Jury dargelegt, sich selbst vorwiegend aus politischen Gründen für das Schwurgericht, „als das einzige Mittel des Staatsorganismus, die heterogenen und ewig sich widerstrebenden Kräfte des Königthums und der Volkssouverainetät im Gleichgewicht zu erhalten, damit sie nicht durch stete Reibung sich selbst zerstören und vernichten", entschieden und einen Organisations-

Digitized by Google

entwurf beigefügt. Eine gleichfalls rein historische Schrift ist die von v. Daniels, über Ursprung und Werth der Geschwornenanstalt, die Ausführung eines Vortrags, Berlin, 1848. Der Verfasser stellt die verschiedenen Annahmen über den Ursprung kurz zusammen und erklärt sich dagegen. Das Schwurgericht sey nicht skandinavisch (Rogge und Dahlmann), es sey nicht mit der altgermanischen Schöffenverfassung in Verbindung zu bringen (Leue), es sey auch nicht den Volksstämmen, welche die deutsche Nordsee umwohnt hätten, gemeinschaftlich gewesen (Michelsen), oder gar ein Rest römischer Gerichtsverfassung, der in Britannien unter den Angelsachsen in das germanische Gerichtswesen überkommen worden sey (ein Ungenannter im Hermes, 1822), auch nicht angelsächsischen Ursprungs (Blackstone), noch eine Schöpfung der normannisch-englischen Könige (Meyer), oder aus den Eideshelfern des Klägers oder des Beklagten (Maurer und Rogge) entstanden, oder aus einer Verschmelzung des Berufs der Schöffen und Urtheiler hervorgegangen (Phillips und Grimm), sondern der Ursprung des Geschwornengerichts lasse sich mit vollkommener Sicherheit auf karolingisch-fränkische Anordnungen, wozu eine Menge Belegstellen angeführt worden sind, zurückführen. Ueber den Werth des Schwurgerichts, den der Verfasser nach der Ueberschrift gleichfalls besprechen wollte, findet man fast gar nichts in dieser Schrift ausgeführt. Nur geschichtlichen Inhalts ist die kleine Schrift von v. Maurer, die Freipflege (plegium liberale), München, 1848. (Vergl. Bieners Recension in den kritischen Jahrbüchern, 1848, November.) V. Maurer hatte schon früher (1824) die englischen Geschwornen von den Eidhelfern des Klägers, die später zu Zeugen geworden wären, abgeleitet. In der erwähnten Schrift sucht er den Zusammenhang der Eideshelfer und Geschwornen mit der Gesammtbürgschaft in den Frithborgen- und Freipflegen Englands, welche sich nur da allein vorgefunden haben sollten, nachzuweisen.

Von Bedeutung sind noch Bieners klare und einfache, dogmatische und historische Entwickelungen über das Schwurgericht im Capitel VI. des zweiten Hefts seiner Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, Leipzig, 1848. Er weist zunächst aus der deutschen Rechtsgeschichte im Allgemeinen nach, daß sie keine Anknüpfungspunkte für das Schwurgericht biete, da die Schöppen

Digitized by Google

das Recht zuweisen, nicht aber die Thatsache, wie die Geschwornen, festzustellen gehabt hätten, und da sie nach und nach durch rechtskundige Leute aus den Gerichten wegen Unfähigkeit zur Rechtsprechung verdrängt worden wären. Sodann widerlegt der Verfasser die praktischen Argumente für das Schwurgericht und erörtert dann den Kernpunkt des ganzen Streites, nämlich die Theilung der Urtheilsfragen, wobei er der Jury nur die reine factische Frage und die Befugniß des Specialverdicts zugesteht. Hierauf geht er zur gedrängten Zusammenstellung der theoretischen Rechtfertigungen des Schwurgerichts und zu deren Widerlegungen über. Jene theilt er in historische, politische und philosophische, und hebt vor allen Dingen hervor, daß erst die Hauptfrage, ob der Spruch der Jury eben so zuverlässig sey als der eines rechtsgelehrten Richtercollegs, entschieden werden müsse, und dann erst die politische Rechtmäßigkeit erwogen werden könne. Diesen Erörterungen hat der Verfasser noch eine Uebersicht der älteren Geschichte des Schwurgerichts angeschlossen.

§. 11.

Auch das Jahr 1849 hat wieder seine Juryliteratur aufzuweisen.

Die Schrift von Gundermann über die Einstimmigkeit der Geschwornen, München, 1849, behandelt zwar hauptsächlich die Frage über die zum Wahrspruch der Geschwornen erforderliche Stimmenzahl, wobei sie das Resultat aufstellt: „der Wahrspruch der Geschwornen kann in allen Fällen sowohl gegen, als für den Angeklagten nur einstimmig oder auch mit allen Stimmen weniger einer gebildet werden; im letzteren Falle muß jedoch die Berathung so lange fortgesetzt werden, als auch nur Einer der 11 Geschwornen es verlangt oder gestattet"; aber sie enthält doch auch viele historisch und dogmatisch wichtige Beiträge zu dem ganzen Schwurgerichtsstreit. Ein Gleiches läßt sich von der nur von der Bildung der Geschwornengerichte handelnden Schrift Gneist's, Berlin, 1849, sagen.

Der eifrigste Vertheidiger des Schwurgerichts, dem außer den gründlichsten historischen Studien auch eine seltene Geistesschärfe zu Gebote stand, war Köstlin. Er war als solcher schon in früheren Abhandlungen, namentlich über die Reform des Strafverfahrens in den Jahrbüchern der Gegenwart, 1845, September- und October-

Digitized by Google

heft, über die Grundlinien einer organischen Gliederung des Strafverfahrens in den constitutionellen Jahrbüchern, 1845, Bd. III., über die Zukunft des Strafverfahrens in Deutschland, in der deutschen Vierteljahrsschrift, 1846, Nr. 33, ferner in dem Artikel: „Juristencollegien oder Geschwornengerichte?" in der N. Jenaischen Literaturzeitung Nr. 81 aufgetreten. Die früheren Meinungen hat Köstlin in zwei besonderen Schriften mit größeren Ausführungen zusammengestellt. Die bedeutendere und in dem ganzen Streit über das Schwurgericht Epoche machende ist der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert, Tübingen, 1849, kritisch und geschichtlich beleuchtet, nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschwornengerichts; die andere ist das Geschwornengericht für Nichtjuristen. Tübingen, 1849, eine mehr populäre Darstellung des Instituts auf Grund jener vorausgegangenen Arbeit. Der Verfasser hat in dem Wendepunkt eine principielle Kritik, welche mit Hülfe der Philosophie und Geschichte sich auf eine „organische Darlegung der Grundbestimmungen des Strafverfahrens" stützen soll, des bestehenden Rechts sowohl, als auch der neueren Ansichten geliefert und namentlich sich die Aufgabe gestellt, „die Entstehung der Jury aus dem innersten Kern des germanischen Beweisrechts einerseits und aus der Gesammtheit der mitwirkenden Momente der englischen Rechts- und Staatsgeschichte andererseits nachzuweisen, und dadurch besonders die falsche Meinung zu widerlegen, als ob der rechtliche und politische Charakter des Instituts grundverschiedene Dinge wären, während vielmehr beides im innigsten Zusammenhange steht." Zu diesem Zweck hat der Verfasser eine Vergleichung der Hauptmomente der englischen, deutschen und französischen Rechtsbildung im Mittelalter vorgenommen und dem ersteren als specifischem Organ der allgemein germanischen Weiterbildung des Rechts voll frisch pulsirenden Lebens germanischen Rechtsgeistes besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Er ist in der That auch weiter gekommen als Biener in seinen schon erwähnten Schriften, welcher allerdings sich vorwiegend äußerlich bei seinen Darstellungen gehalten hatte; Köstlin suchte die Principien des germanischen Strafverfahrens und deren Fortbildung in England und Frankreich darzulegen und so mit Anwendung der Philosophie auf die Geschichte mehr als seine Vorgänger die verborgenen Tiefen zu ergründen, andererseits aber aus der Natur

Digitized by Google

der Sache und den Geboten der Vernunft zu construiren, und endlich die Frage über die Genesis der Jury durch den Nachweis, daß die Entstehung derselben im engsten Zusammenhange mit der germanischen Staatsentwickelung, mit dem germanischen Proceß- und Beweisrecht stehe, zum Abschluß zu bringen. Sehr richtig ist von Biener in seinem später anzuführenden Werk: „Das englische Geschwornengericht", S. 19, 317 ff., der Hauptfehler der Köstlin'schen Darstellung dahin bezeichnet worden, daß sie im Ganzen unter dem zwingenden Einfluß einer aus Hegels Naturrecht §. 358, richtiger aber aus der Rechtsphilosophie §. 225—228 entnommenen Formel, welcher der Inhalt der Geschichte geopfert werde, gestanden habe. Diese ist in dem von Köstlin ausgesprochenen Resultat abgeprägt: „Durch die Jury hat das germanische Grundprincip, daß der Beweis in Straffachen seine letzte und entscheidende Gewähr in dem durch die Gesammtanschauung der objectiv reproducirten That vermittelten Ausspruch des Gewissens liege, seinen organischen Ausdruck erhalten. Durch sie ist das Recht des freien Selbstbewußtseyns zur Anerkennung gebracht, keiner Schuld überwiesen werden zu dürfen, als durch das eigne Geständniß oder die auf Grundlage des objectiv ermittelten Thatbestandes ausgesprochene Gewissensüberzeugung der Vertreter des Volkes." Man muß der Köstlin'schen Arbeit zugestehen, daß sie sich frei von der sonst so beliebten politischen Schwärmerei für das Schwurgericht gehalten und vorzugsweise die juristische Bedeutung desselben im Auge behalten hat. Indem der Verfasser des Wendepunkts den Begriff des Organismus auf das Strafverfahren angewendet hat, deducirt er die Nothwendigkeit des Schwurgerichts aus den beiden zum peinlichen Gericht nothwendig zu vereinenden Momenten der abstracten Gesetzlichkeit und der concreten Anschauung des Lebens. Zur Leitung des Formengangs des Strafverfahrens und zur Subsumtion des einzelnen Falles unter die allgemeine Norm bedürfe es eines juristischen Elements oder eines Organs des Gesetzes; dagegen zur Kenntniß des concreten Falles gehöre nur eine Kenntniß der vorkommenden Lebensverhältnisse und der gemeinen Verkehrsbegriffe, welche nicht den gelehrten Richtern specifisch zugehöre, sondern im Gegentheil diesen wegen ihrer streng juristischen Bildung nicht einmal in dem erforderlichen Umfange zustände. Es bedürfe daher, da in jedem Organismus jede eigen-

Digitized by Google

thümliche Function ein relativ ſelbſtändiges Organ vorausſetze, für Darbietung jener empiriſchen Anſchauungen eines eigenen Organs, des volksthümlichen Elements. Abgeſehen von der Unrichtigkeit der Behauptung, daß dem rechtsgelehrten Richter die Kenntniß der Lebensverhältniſſe abgehe, da er gerade durch ſeinen fortwährenden Verkehr mit Verbrechern mehr als irgend Jemand die umfaſſendſten Erfahrungen innerhalb dieſes Bereiches macht, liegt der Fehler gerade darin, daß Köſtlin die Function des Rechtſprechens für eine logiſch theilbare oder aus zwei Einzelfunctionen beſtehende betrachtet und deßhalb zwei beſondere Organe für jede aufſtellen will. Der Ausſpruch der Ueberzeugung über die Exiſtenz des Factums als propositio minor und die Subſumtion desſelben unter das Geſetz als propositio major bilden zuſammen eine untheilbare Einheit der logiſchen Operation bei der Urtheilsfällung, und die Vertheilung dieſer zuſammengehörigen Acte der Urtheilsfunction an zwei verſchiedene Organe enthält einen logiſchen Widerſpruch und die Klippe, an welcher das Schwurgericht trotz der künſtlichſten Leitung immer ſcheitern muß. Darauf wird ſpäter noch beſonders Gewicht gelegt werden. Außer den beiden erwähnten Schriften Köſtlin's iſt noch ſeine Abhandlung in der Zeitſchrift für deutſches Recht, Bd. XII., über Entſtehung und Fortbildung der Jury auf engliſchem Boden zu nennen.

§. 12.

Nicht ohne Bedeutung iſt ferner die Schrift von Gumpoſch und B. Fiſcher, das Geſchwornengericht, ein Handbuch für Richter, Anwälte und Geſchworne, Nördlingen, 1849. Darin findet man zunächſt eine, wenn auch nicht vollſtändige, Angabe der engliſchen, franzöſiſchen und deutſchen Literatur, eine Beſchreibung der Jury in England und Frankreich, dann aber beſonders die Controverſe über das Schwurgericht in Deutſchland, unter Anführung der hauptſächlichſten Meinungen und mit ſtets beigefügter Kritik, erörtert, dann praktiſche Bemerkungen über die Stellung und Aufgabe der Staatsbeamten bei der Jury ſowie auch über die des Vertheidigers. Den wichtigeren Theil macht der Abſchnitt über das Schwurgericht in Deutſchland aus; bei Erörterung der Controverſe ſind verſchiedene Autoritäten für und wider das Schwurgericht angeführt, ihre Meinungen kritiſirt und ſelbſtändige Anſichten entgegengeſtellt. Der ſcheinbaren Minorität der Gegner des

Schwurgerichts vor 1848 gegenüber theilen die Verfasser die Freunde und Vertheidiger in fünf Classen und weisen mit scharfen Worten nach, warum es ihnen im Grunde bei ihrem Drängen nach Einführung des Schwurgerichts zu thun sey. In die erste Classe werden diejenigen gestellt, welche die Jury als Mittel, die gerichtliche Wahrheit zu finden, betrachten und sie nur als eine Form des Strafverfahrens wünschen. In die zweite Classe aber gehören die germanischen Philologen, die mit allem Alten „liebäugeln". „Sie stehen unter dem Princip der Romantik, d. h. des Unklaren und der Phantasie, welche wie in Kindermärchen das Unglaublichste und Häßlichste auszuschmücken weiß." In die dritte Classe werden alle diejenigen rangirt, welche durch irgend einen Proceß oder eine sonstige Erfahrung unzufrieden mit dem früheren Verfahren geworden, eine Reform desselben wünschten und diese gedankenlos von Einführung der Jury erwarteten, also Reform und Jury identificirten. Zur vierten werden die Journalisten gerechnet, „deren tausendfältige Stimme und Variation der Besprechung für solche ein Gewicht zu haben pflegt, welche nicht wissen, daß das deutsche Volk seinem regierenden, gewerb- und ackerbautreibenden Theile nach und die öffentlichen Blätter ganz verschiedene Dinge sind, welche nicht wissen, daß Tausende es nicht der Mühe werth finden, Gegengrund und Antwort zu geben, wo oft nur Einer in Tausenden von Abdrücken eine sehr isolirte Meinung aufstellt, daß bei uns meist die Indifferenz die Mutter der öffentlichen Meinung ist u. s. w." Zur fünften Classe endlich gehörten die, welche das Schwurgericht für untrennbar von dem öffentlichen und mündlichen Verfahren hielten oder als Ersatz für den Wegfall der Beweistheorie. Zur Charakteristik der öffentlichen Meinung über das Schwurgericht fügen die Verfasser endlich bei: „So schienen sich Tausende für die Jury zu erklären, während es doch wenig entschiedene und klare Freunde der letzteren gab, und die Gründe der Gegner des Neuen wurden theils nicht gehört, theils gleichgültig betrachtet, theils überlärmt und endlich durch die Ereignisse (1848) beseitigt." Es wird später von den Verfassern sehr richtig hervorgehoben, „daß die das Geschwornengericht bestimmenden Gesetze unter em Einfluß der politischen Begebenheiten entstanden sind, und daß seine Tendenz und Ergebnisse unter die Herrschaft der Neigungen und Ideen kommen, durch welche die Begebenheiten

Digitized by Google

hervorgerufen worden ſind." Vertreter ſolcher Ideen ſitzen allerdings noch in den Geſchwornengerichten und werden bei jeder fortſchreitenden Bewegung der Demokratie auch fernerhin darin ſitzen. Mögen die Monarchiſten die Jury auch dem Parteitreiben zu entziehen ſuchen und gehörig beſchränken, jeder politiſche Windſtoß wird ihre Bemühungen vernichten. „Die Heimath der Gerechtigkeit findet man nicht im Leben, nur in der Wiſſenſchaft, welche als Ewiges gleichſam der Zeit enthebt. Und darum iſt auch nur der wiſſenſchaftliche Richter Pfleger der Gerechtigkeit um ihrer ſelbſt willen, weil er die Weihe des reinen Begriffs hat." Auch in England betrachtet man die Jury als eine alte Inſtitution der Gerechtigkeitspflege, die ja vor allem Kampfe der Demokratie und Monarchie beſtanden hat, nur die Theorie hat ihr erſt eine politiſche Bedeutung beigelegt. „Bei uns dagegen", bemerken die Verfaſſer weiter, „iſt die Jury nicht das Feldgeſchrei wegen der Gerechtigkeit, ſondern wegen der Politik, iſt nicht eine alte Sache, ſondern eine ganz neue, ein Kind der Theorie und bloße politiſche Geburt, oder vielmehr ein Findling, den man groß ziehen will, damit er Rache übe an verhaßten Phantasmen. Und in Anſehung des politiſchen Standpunkts, auf welchem man in Deutſchland ſteht, mag ſich ja Niemand täuſchen. Es handelt ſich in Deutſchland keineswegs bloß um Aſſociation, Gemeindeſelbſtändigkeit, Beamtenunabhängigkeit, Ernennung der Localbeamten durch das Volk, Preß- und Lehrfreiheit, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens, um die angeblichen Freiheiten einer Habeas-Corpus-Acte gegen die Polizei, um Vereidung der Heere auf die Conſtitution, um Minderung und Abſchaffung ſtehender Heere, um franzöſiſche Conſtitutionen nach dem jedesmaligen neueſten Schnitte u. ſ. w. Solche Kleinigkeiten haben unſere Liberalen und Zeitungsſchreiber längſt im Rücken. Es handelt ſich um die Demokratie, deren Grundbau ſichtbar genug iſt."

So zeichnen die Verfaſſer im Jahre 1848 die Entſtehung des Schwurgerichts in Deutſchland, und wer möchte wohl eine Verzeichnung behaupten? Wer kann ſich hierbei einer lebhaften Erinnerung an jene Zeit voll unklarer Forderungen erwehren, wer aber muß ſich nicht auch geſtehen, daß der Reſtauration des monarchiſchen Princips unter andern Hinderniſſen auch die demokratiſche Anſtalt des Schwurgerichts entgegenſteht, und daß die Folgen

einer Aufopferung wahrer Gerechtigkeitspflege für eine in fieberhafter Regung gehegte Luſt politiſcher Schwärmer immer noch fortwirken?

Welche Conſequenzen aber ein auf demokratiſcher Baſis ruhendes Schwurgericht erwarten laſſe, das belegen die Verfaſſer mit dem Ausſpruch Cherbuliez's, des tiefen Kenners der Demokratie, daß die Jury auf politiſcher Grundlage den Einflüſſen jeder vom demokratiſchen Weſen unzertrennlichen Erſchütterung ausgeſetzt ſey, daß ſie als Rechtsanſtalt eine traurige und gefährliche Stellung einnehme, daß ſie aber einfach durch Berufung einer großen Zahl der Bürger zur Theilnahme an der Strafrechtspflege politiſch werde, und nur Wenige ganz neutral blieben; in der Demokratie würde die Jury ſtets ein politiſches Werkzeug bleiben, und wenn ſie es auch nicht gerade von Anfang an ſey, ſo würde ſie es werden, ſobald man ihre Natur erkannt habe, indem man ihre Grundlagen von Seiten der triumphirenden Faction bei einer legalen oder illegalen Revolution benutzen könnte.

Der Vollſtändigkeit wegen wird hier noch eines Votums über die Zuſammenſetzung der Schwurgerichte von Hefftter im Archiv des Criminalrechts, Jahrgang 1849 S. 1 ff., gedacht, worin derſelbe ſich auch über das Princip des Schwurgerichts ausgeſprochen hat. Er erkennt es ſowohl als politiſches, als auch als ein Inſtitut der Gerechtigkeit an, will aber die letzte Auffaſſung in Deutſchland geltend gemacht wiſſen, ſo daß dadurch nicht dem Richter eine ſachverſtändige Beihülfe bei Entſcheidung der reinen Thatfrage gewährt, auch nicht ein Pairsgericht für den Angeklagten darin gefunden werden ſolle, ſondern daß das Schwurgericht als ein Inſtitut angeſehen werden müſſe, wodurch das Volk an der Ausübung der Rechtspflege unmittelbaren Antheil habe, indem es ein Zeugniß oder Urtheil über Schuld oder Nichtſchuld, über Würdigkeit oder Unwürdigkeit eines Angeklagten gegenüber dem Landesgeſetz abzugeben habe, und ſo die Stimme, das Gewiſſen des Landes nicht bloß über reine Thatſachen, ſondern auch über deren Moralität kund gebe. Aus dieſem Princip hat Hefftter die Berechtigung der ganzen Maſſe zur Theilnahme am Schwurgericht, aber doch nur die Uebertragung des Geſchwornenamts an wahre Biederleute aus allen Volksclaſſen, welche das Gewiſſen des Landes vertreten könnten, abgeleitet.

Digitized by Google

§. 13.

In den folgenden Jahren hat die Schwurgerichtsliteratur sich mehr über einzelne praktische Fragen verbreitet, und der Streit über die Zweckmäßigkeit und Garantie einer gerechten Rechtsprechung durch Geschworne schien durch Einführung der Schwurgerichte in Deutschland, welche nun in den meisten Staaten definitiv erfolgte, beseitigt. Allein es erregte doch nicht geringe Aufmerksamkeit, daß zuerst zwei Staaten, das Königreich Sachsen und Herzogthum S. Altenburg das nur provisorisch und beschränkt (für politische und Preßvergehen) eingeführte Institut, und dann besonders Oesterreich, nachdem es mit seiner Strafproceßordnung von 1850, welche das Schwurgericht definitiv angeordnet hatte, nicht erfreuliche Erfahrungen gemacht, das Schwurgericht wieder beseitigten. Damit ward die Frage angeregt, ob das Schwurgericht beibehalten, abgeschafft oder reformirt werden sollte. Man machte in der Praxis lediglich Versuche mit dem Institut, welche sich freilich nicht gut auf bestimmte statistische Resultate zurückführen lassen, so daß nur im Allgemeinen sich unter den Juristen eine Meinung über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Geschwornenurtheile feststellen kann, und auch unter diesen sich unter Umständen wieder Meinungsverschiedenheiten bilden können. Die competenten Urtheile über die Probehaltigkeit der Schwurgerichte in der deutschen Praxis werden allein von den Mitgliedern der Gerichtshöfe bei den Schwurgerichten und höchstens den Staatsanwälten, nicht aber auch von den Vertheidigern, weil sie eine in ihrer Stellung liegende Voreingenommenheit für die Geschwornen nicht wohl von sich weisen können, gefällt werden können, und auch erst dann, wenn normale und anomale Zustände im Staatsleben das Institut umgeben haben, erst dann könnte ein allgemein statistisch begründetes Urtheil über die Bewährung oder Nichtbewährung in der Praxis abgegeben werden.

Einstweilen hat die Wissenschaft Gelegenheit, nachdem ihr täglich das Schwurgericht in seinem Thun und Wirken zugänglich gemacht ist, sich in das Wesen desselben zu vertiefen und nach und nach durch Entwickelung und Abklärung gereifterer Anschauungen die Entscheidung über die Frage, ob das Schwurgericht abzuschaffen oder ob es beizubehalten und wenigstens zu reformiren sey und wie dieß geschehen könne, vorzubereiten. Namentlich ist nunmehr

Digitized by Google

der vergleichenden Wissenschaft auf diesem Gebiete noch ein ziemlich großes Feld eröffnet, trotzdem daß sie es an Arbeit nicht hat fehlen lassen.

§. 14.

Von großer Bedeutung ist das neueste Werk Bieners, das englische Geschwornengericht, 1. und 2. Band, Leipzig, 1852*), worin derselbe zwar nicht die Frage über die Existenz des Schwurgerichts in Deutschland wissenschaftlich erörtern, sondern aus der Geschichte das eigentliche Wesen des englischen mit der Jury ververbundenen Criminalverfahrens nachweisen und den in Frankreich und in Deutschland hineingebrachten irrigen Ansichten und politischen Tendenzen entgegentreten will. Wir theilen mit dem Verfasser die Meinung, daß ein Strafverfahren mit mündlicher und öffentlicher Beweisverhandlung vor einem rechtsgelehrten Richtercollegium, wobei die richterliche Ueberzeugung nicht an gewisse Beweisformen gefesselt ist, zur Reform des Strafverfahrens genügt haben würde, und behaupten, daß die Annahme des Schwurgerichts, welches allerdings der deutschen Justiz aufgedrungen worden ist, ein über das naturgemäße und organische Bedürfniß hinausgehender Schritt der Gesetzgebung gewesen ist, zumal „der Beruf des Schwurgerichts weder auf dem Wege der Erfahrung, noch auf dem der Wissenschaft festgestellt war," können uns aber mit dem Verfasser nicht damit begnügen, nunmehr, da das Institut einmal in Deutschland eingeführt ist, die Forderungen der Gerechtigkeit dem neuen Institut gegenüber geltend zu machen, und der Jury den Beruf im Criminalproceß zuzuweisen, welcher ihr auf Grundlage organischer Entwickelung in England auch in Deutschland zugewiesen werden könne; solche Vorschläge sind niemals ausreichend, „um die Uebelstände eines an sich unzuverlässigen Instituts gänzlich zu heben;" aber zugestanden wird, daß die Zurückführung der deutschen Schwurgerichte auf das englische Original jene Uebelstände mindern und die Befugnisse abschneiden kann, womit besonders deutsche Politiker jenes so reichlich auszustatten beliebten. Das Verdienst des Biener'schen Werks ist für die Gegenwart und Zukunft der Schwurgerichte jedenfalls bedeutend, denn er hat durch das Vorbild des englischen Schwurgerichts die bedeutenden Mängel des französischen und des

*) Auch vom dritten Band ist bereits der Anfang erschienen.

Digitized by Google

diesem nachgebildeten deutschen nachgewiesen und sich bemüht, das nothwendige Uebel doch noch erträglicher zu machen; er hat damit jedenfalls zu der Abklärung über die Brauchbarkeit des Instituts noch sehr vieles geliefert, was bei weiterem Eingehen in das Wesen der Sache die Ueberzeugung von der Unhaltbarkeit des Schwurgerichts bestärken muß. Freunde und Gegner des Schwurgerichts haben daher dem Verfasser großen Dank für die gründlichsten Forschungen und praktischen Vorschläge zu zollen; den ersteren hat er Trost zur Erhaltung des Instituts, wenn auch mit Modificationen gespendet, den letzteren aber hat er Muth zum neuen und gewappneteren Angriff gegen das Schwurgericht eingeflößt, indem er ihnen die Achillesferse des Feindes bloßlegte. Erst durch Bieners Werk hat die Wissenschaft einen festen Boden für die Entscheidung des Kampfes zwischen Schwurgerichten und rechtsgelehrten Collegien erhalten, und nun erst kann derselbe um die Fort- oder Nichtexistenz des Schwurgerichts mit entscheidenden Waffen der geschichtlichen und praktischen Erfahrung, sowie der philosophischen Ergründung der Natur der Sache geführt werden. Die Rollen nur sind jetzt gewechselt. Die Gegner des Schwurgerichts stehen jetzt in der Offensive, und durch die wissenschaftliche Aufklärung ist ihre Stellung eine weit günstigere geworden, als die frühere der Defensive gegen unklare Schwärmerei. Die Freunde des Schwurgerichts haben nur noch einige Stimmen aus früherer Zeit für sich, weil ihre Macht durch jene Aufklärung gebrochen ist, sie befinden sich jetzt in der Defensive und beschönigen ihr Gewissen hinsichtlich ihrer früheren Angriffs- und Siegesmittel mit dem Trost, daß die deutschen Regierungen ihren Stimmen nicht zu gehorchen gebraucht hätten und als Gesetzgeber doch die beste Einsicht von der Sache hätten haben müssen; ferner daß die Errungenschaft eine doch nicht so üble oder doch wenigstens eine verbesserliche sey. Unklare und unverständige Schwärmer gibt es freilich immer noch genug, aber ihre Macht ist gebrochen und fortwährend noch zu brechen, weil die Mittel der Ueberzeugung jetzt parater liegen als sonst, und die Opposition gegen das Schwurgericht jetzt mit wahrhaft wissenschaftlichen Gründen gegen vage Schwätzerei und Sophismen vorschreiten kann. Es wird sich zeigen, ob wissenschaftliche Gründlichkeit die Wahrheit zur Geltung zu bringen vermag, oder ob noch Einseitigkeit, Verblendung und Leidenschaftlichkeit

Digitized by Google

herrſchen. Aber auch der Oppoſition iſt Vorſichtigkeit und beſonnener Fortſchritt zu empfehlen; denn als neulich in Hannover die Rede auf Beſeitigung der Schwurgerichte kam, glaubte man wieder mehr an eine politiſche Reactionsmaßregel, ſchob wieder einen politiſchen Geſichtspunkt unter und wurde leidenſchaftlich. Dagegen wenn in einem deutſchen Staate, in welchem alle politiſche Gährung beſeitigt iſt, jetzt das Schwurgericht aufgehoben wird, ſo wird man, mag die Propoſition von der Regierung oder von den Ständen ausgehen, vorwiegend mit juriſtiſchen Gründen die Aufhebung motiviren und mit ihnen doch einen unfehlbaren Widerſpruch beſeitigen können.

Es kann hier natürlich auf das Biener'ſche Werk nicht weiter eingegangen werden, und es genügt die Bemerkung, daß das ganze Material des Streites über das Schwurgericht in demſelben ſeine volle Abrundung erhalten hat. Denn in der Abtheilung I werden nicht nur alle wichtigeren hiſtoriſchen Ableitungen des Geſchwornengerichts angeführt und kritiſirt, ſondern auch eine vollſtändige Geſchichte der Entſtehung und Einführung des Inſtituts, zum Theil aus neuen engliſchen Quellen geſchöpft, findet ihren Platz, und der Vorwurf, welchen Köſtlin den früheren Arbeiten Bieners über dieſen Gegenſtand nicht mit Unrecht gemacht hatte, daß er ſich zu äußerlich gehalten habe, iſt hier gänzlich vermieden, da gerade hier eine principielle Darſtellung durchgehends bemerkbar iſt. In der Abtheilung II findet ſich für den Dogmenſtreit das wichtigſte Material, indem allgemeine Betrachtungen über die Berechtigung der Jury für den Criminalproceß und über ihren Beruf angeſtellt worden ſind. Außer der juriſtiſchen Bedeutung des Schwurgerichts und ſeiner politiſchen Natur hat Biener auch die philoſophiſchen Deductionen, welche ſeit Gans, Hegel und nachher Köſtlin eine dritte Hauptſeite des Streites ausmachen, aufgeführt und einer ſcharfen Kritik unterworfen. Die Abtheilung III nimmt die ausführliche, mit vielen kritiſchen und praktiſchen Bemerkungen verſehene Beſchreibung des Verfahrens mit Geſchwornen ein, woran ſich dann ein Anhang mit verſchiedenen Excurſen, z. B. auch über das ſchottiſche Strafverfahren, anſchließt.

Die Schrift von A. v. Orelli, die Jury in Frankreich und England, ein Beitrag zur Reform der Zürcheriſchen Strafrechts-

Digitized by Google

pflege, Zürich, 1852, enthält nur magere Gegenüberstellungen aus den fremden Rechten.

Aus dem Jahre 1854 ist nur eine encyklopädische Darstellung des Verfahrens vor den Schwurgerichten mit Bemerkungen über die Geschichte und den Werth derselben von Bluhme im System des in Deutschland geltenden Strafrechts mit Einschluß des Strafprocesses, Bonn, 1854, S. 136 ff., erschienen. Der Verfasser hat die Vortheile des Schwurgerichts nur unter der Voraussetzung einer gehörigen Regelung und Begränzung der Geschwornenwirksamkeit, und nur indem die Rechtspflege im Ganzen dadurch gewinne, anerkannt, aber ausdrücklich erklärt, daß unverkennbar durch das Urtheil der Geschwornen das des sachkundigen und bewährten Richters nicht ersetzt, sondern ihm nur das Amt durch die Mitwirkung jener erleichtert werde. Als Gegner des Schwurgerichts ließ sich aber besonders Röllner in der Schrift: Die deutschen Juristen u. s. w., Cassel, 1854, vernehmen, ließ jedoch dabei den politisch feindlichen Standpunkt zu sehr erkennen.

Endlich im Jahre 1855 wurde eine Bilanz zwischen den Gründen für und wider das Schwurgericht im Archiv des Criminalrechts von Th. Hilgard d. Aelt. unter der Ueberschrift: „Der Kampf zwischen Schwurgerichten und ständigen Gerichten und Vorschlag zu einer Aussöhnung beider Systeme," zu ziehen versucht. Die Competenz seines Urtheils, welches er möglichst objectiv, wie ein Resumé, zu halten verspricht, begründet der Verfasser mit einer 23jährigen Schwurgerichtspraxis und einer 18jährigen Beobachtung des Schwurgerichtsverfahrens in den vereinigten Staaten von Nordamerika. In einer verhältnißmäßigen und parallelen Reihenfolge hat er in der That je zwanzig Gründe pro et contra mit gleicher Unparteilichkeit gegenübergestellt; sie sind theils politische, theils juristische, theils reine Erfahrungsgründe, können aber hier nicht weiter berührt werden. Interessant sind die Resultate des erfahrenen Schriftstellers, welche jedoch auf Vermittelungsvorschläge hinauslaufen. Er bekennt sich zwar nicht als Gegner des Schwurgerichts, indem er auch die Schattenseiten der ständigen Criminalgerichte kennt, aber er gesteht zu, daß seine jugendliche Vorliebe für das Schwurgericht durch seine praktischen Erfahrungen und Beobachtungen weniger entschieden bestätigt worden sey, als die für Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Strafverfahrens, aber die Ent-

scheidung gegen das Schwurgericht ist doch deutlich zwischen den Zeilen zu lesen, wenn der Verfasser sagt: „mehr als einmal sagte ich mir im Stillen, daß wenn ein unglückliches Zusammentreffen von Umständen mich selbst unschuldig in den Verdacht eines Verbrechens brächte, ich vielleicht lieber von einem ständigen, aus gebildeten und rechtsgelehrten Männern bestehenden Gerichtshofe als vor einem Schwurgericht stehen würde." Auffallenderweise spricht der Verfasser dem Schwurgericht die demokratische Färbung und die Eigenschaft, daß es auf dem demokratischen Principe beruhe und sich zu demokratischen Tendenzen hinneige, gänzlich ab. Allein wo das Schwurgericht je in der Geschichte existirt hat und wo es nur noch existirt, zeigt die Erfahrung daß es aus demokratischen oder volksherrschaftlichen Elementen entsprossen ist. So lange die Wahl der Geschwornen mit oder ohne Census, oder nach Capacitäten aus allen Ständen des Volks erfolgt, ist das Schwurgericht ebenso ein demokratisches Institut, wie die Pairsgerichte der Lehnsherren oder bevorzugten Stände ein aristokratisches Institut sind. Die ständigen Richter hingegen erhalten ihre Qualification nur durch die Wissenschaft, welche über allen Standesverhältnissen und politischen Parteiungen steht und welche das beste Wissen nur in Bezug auf die Sache, nie aber in Rücksicht auf Personen vertritt. Das demokratische Princip liegt in der Verallgemeinerung der Befugnisse der Staatsgewalt, in der Uebertragung der Gesetzgebung, der Staatsregierung, der Rechtsprechung und Rechtsvollziehung an das Volk, so daß die regierte Masse zugleich regierende ist; es liegt also in der Indentificirung der Staatsgewalt und des Volkes. Wenn daher dem Volke durch Repräsentanten eine Theilnahme an der Gesetzgebung gestattet ist, so ist dieß eben ein Zeichen, daß eine Verfassung auch auf dem demokratischen, wenn auch etwas modificirten demokratischen Princip beruht. Immer aber bleibt es unrichtig, aus diesem Antheil des Volkes auch eine Consequenz für die Rechtsprechung ziehen zu wollen. Das Gesetz selbst ist der vernunftgemäße Volkswille, der seine Formulirung aber nur von Sachverständigen erhält; diese sind die eigentlichen Gesetzgeber, und die Staatsgewalt ertheilt, nachdem die Volksrepräsentanten den formulirten Volkswillen als solchen anerkannt haben, demselben seine erzwingbare Geltung und Sanction. Sie prüft also gewissermaßen durch Vorlage an die Stände oder Kammern, ob das, was sie als Volkswillen er-

Digitized by Google

kannt hat und hat formuliren lassen, auch wirklich der Meinung des Volks entspreche. Die Rechts- oder Gesetzesanwendung hingegen auf die einzelnen Lebensverhältnisse und concreten Rechtsfälle setzt ebenfalls ein Verständniß der Sache voraus, wie die eigentliche Gesetzgebung, und man würde unbedingt Jeden aus dem Volke dazu berufen können, wenn jeder ein Sachverständiger, d. h. geprüfter Rechtsverständiger wäre, wie das überall in der Geschichte der Fall war, wo das Recht in seiner größten Einfachheit Gemeingut verständiger Männer war. Davon kann nun aber bei einem Volke, dessen Recht durch die Wissenschaft und die weiteste Durchbildung der Lebens- und Rechtsverhältnisse bis in die feinsten Gedanken zergliedert und wieder mit oberen Grundsätzen verkettet ist, nicht die Rede seyn, sondern das Volk befindet sich hier auf dem Laienstandpunkt und sucht von selbst Rath und Entscheidung bei den Sach- und Rechtsverständigen; will es dagegen sich selbst zu solchen erheben, so verkennt es offenbar seine Capacität und maßt sich aus Unkenntniß der Sache Befugnisse an, die ihm nicht gebühren, und Geschäfte, denen es im Verhältniß zu der Art und Weise, wie sie nach dem Stande der Cultur und der Wissenschaft verwaltet werden können und sollen, nicht gehörig verstehen kann. Hier ist nun der Punkt, wo das demokratische Princip niemals an seinem Platze seyn wird, weil die Rechtsprechung in den heutigen durch eine Rechtswissenschaft genau organisirten Rechts- und Staatsverhältnissen nur durch Rechtsverständige entsprechend bewirkt werden, nicht aber Jeder im Volke ein solcher seyn kann. Wenn Hilgard die Theilnahme von Nichtbeamten an Handelsgerichten hier anführt, so spricht das gerade für unsre Behauptung. Nichtrechtskundige Handelsrichter sind gerade Sachverständige, denen man die beste Kenntniß der Handelsverhältnisse und des hierbei geübten Gewohnheitsrechts zutraut, aber zu diesem Amt wird auch nicht einmal Jeder, der nur dem Handelsstande angehört, berufen. Wenn nun im allgemeinen die Rechtsverständigen als die alleinigen Sachkenner gegenüber den Laien bezeichnet wurden, so war damit noch nicht gesagt, daß auch jeder Einzelne Richter seyn könne; sondern zur Aufnahme der Rechtsprechung gehört auch wieder eine besondere Qualification eines Rechtsverständigen, ruhiger, besonnener Charakter, erprobte Fähigkeit, Erfahrung und gereifteres Urtheil u. s. w. Hierdurch wird die Kluft zwischen Laien und

Digitized by Google

zum Richteramt Fähigen immer größer und der Gegensatz der Nichtbefähigung der ersteren immer schärfer. Die Theilnahme des Volks als der Masse der Laien an der Rechtsprechung ist also eine sachliche Unmöglichkeit; das Verlangen danach beruht auf einer Verkennung der Aufgabe, das wahre Motiv des Verlangens aber in dem demokratischen Princip oder richtiger in einem mit Selbstüberschätzung der eignen Fähigkeit des Volkes die Vernunft betäubenden Persönlichkeitstrieb. Ein Beweis dafür, daß das Schwurgericht nicht auf dem demokratischen Princip beruhe, ist keineswegs die Beibehaltung desselben von Napoleon I. bis auf die Gegenwart in Frankreich; allerdings sprach sich der „scharfsehende" Napoleon I. für das Schwurgericht aus, nicht weil er es für ein demokratisches Institut hielt, sondern weil er es zu seinen despotischen Zwecken zu benutzen gedachte, was er viel eher konnte, als bei rechtsgelehrten Richtern, oder wie Feuerbach gesagt hatte, weil er die Jury wie eine disponible, verschiebbare „spanische Wand" betrachtete. Daß die Napoleon I. nachfolgenden Regierungen die Jury beibehalten haben, mag theils in der Schwierigkeit der Beseitigung eines nach und nach wegen seiner demokratischen Basis national gewordenen Instituts, theils in der Energielosigkeit der Wissenschaft und ihrer Vertreter liegen, welche die unheilbaren Mängel wohl erkannt haben mögen, die sich aber scheuen die Unhaltbarkeit des Instituts nachzuweisen, und denen es bei der maßlosen Demoralisation der französischen Nation gleichgültig zu seyn scheint, ob größere Garantien der Rechtsprechung erreicht werden können, oder ob die Volksjustiz die größten Frevelthaten ungestraft hingehen läßt, weil es im Grunde an dem richtigen Verständniß fehlt.

Doch es bedarf kaum noch einer Befestigung jener Behauptung, daß das Schwurgericht auf dem demokratischen Princip beruhe, gegen die Widerlegung Hilgards; Niemand wird es verkennen wollen und können, ebensowenig wie die gleichfalls in der Natur der Sache liegende und durch unendliche Thatsachen bewiesene Consequenz, daß das Schwurgericht sich zu demokratischen Tendenzen hinneige, was ja besonders die eifrigsten Vertheidiger in den letzten Bewegungsjahren Deutschlands am meisten im Auge hatten. — Hilgard's Hauptvorschlag geht auf Beibehaltung der Geschwornen neben dem Gerichtshof, aber der letzte soll gleichzeitig, nur abgesondert und unabhängig, wie die Geschwornen über Schuld

Digitized by Google

oder Nichtschuld urtheilen, doch hat der letztere im Fall der Freisprechung durch die Geschwornen sein Urtheil nicht zu eröffnen, sonst geht aber das mildere Urtheil vor, und das Urtheil des Gerichtshofes, welches auf Nichtschuldig lautet, hebt das der Geschwornen, wenn es die Schuld annimmt, auf. Auch über die Straffrage, namentlich über das Maß der Strafe bei relativ unbestimmten Strafgesetzen, sollen die Geschwornen nach vorgehenden Erläuterungen des Vorsitzenden, und der Gerichtshof gleichzeitig, aber abgesondert, je ein Urtheil fällen, und im Fall der Verschiedenheit desselben soll die mildere Meinung den Vorzug haben. Wenngleich der Grundsatz möglichster Milde hierbei berücksichtigt ist, so sind die Vermittelungsvorschläge doch nicht geeignet, die ewigen Krebsschäden des Geschwornenurtheils zu verdecken, und es zeigt sich darin wieder, daß alle Gesetz- und Reformkunst nichts vermag gegen das Grundgebrechen der Incapacität.

§. 15.

Aus dem Jahre 1856 ist vorzugsweise der gründliche und in Bezug auf die Lebensfrage des Schwurgerichts sehr concentrirt gehaltene Artikel über das Schwurgericht in Weiske's Rechtslexikon von Schwarze zu erwähnen. Der Verfasser hat die hauptsächlichste Literatur vorausgeschickt und dabei eine Uebersicht über die verschiedenen geschichtlichen Ableitungen und dogmatischen Erklärungen gegeben. Er selbst verkennt die Wichtigkeit der politischen Seite des Schwurgerichts, namentlich auch desselben in England, nicht; allein selbst hier halte man dasselbe keineswegs für geeigneter, den Interessen der Rechtspflege gerecht zu seyn, als rechtsgelehrte Richter, aber man ziehe jenes vor, sobald das Princip in Frage käme. Die Jury sey weder mit dem moralischen Princip, wie Höpfner und besonders Möllner (a. a. O.) annähmen, unvereinbar, noch auch vom Standpunkt der Revolution möglich, und keineswegs bloß vom politischen Standpunkt aus zu rechtfertigen; letzterer sey ein Widerspruch, da das Schwurgericht Rechtsanstalt sey. Tauge es als solche nichts, so könne sie auch nicht aus politischen Gründen gehalten werden. Eine politische Errungenschaft, durch welche die Rechtspflege gefährdet werde, würde nur ein scheinbarer Fortschritt und nicht von Dauer seyn; sey die Jury eine vorzugsweise aus politischen Gründen recipirte Anstalt, so würde ihre Thätigkeit leicht eine politische Parteirichtung

Digitized by Google

verfolgen. Die ehrlichen Vertheidiger des Schwurgerichts hätten immer erst den Werth desselben als einer Rechtsanstalt voraus geprüft und dann erst die Vortheile desselben als eines politischen Instituts in Anschlag gebracht. Wo aber politische Tendenzen eine Anstalt begründeten, da könne auch die Politik, welche sie geschaffen, sie auch bei einem Wechsel wieder aufheben. Jedenfalls behalte aber die Auffassung des Schwurgerichts als Rechtsanstalt oder als politisches Institut einen praktischen Einfluß auf die Wählbarkeit der Geschwornen und folgeweise auf das Institut selbst. Außer dem Resumé über die geschichtliche und dogmatisch-praktische Controverse hat Schwarze auch noch eine Uebersicht der philosophischen Rechtfertigungen des Schwurgerichts, jedoch sich hauptsächlich auf das in Bieners englischem Geschwornengericht, Bd. I. §. 4, 34, 35, Erörterte stützend, gegeben. Abgesehen von dem hier zu besprechenden Schwurgerichtskampf, enthält jener Artikel vielleicht das vollständigste Rundgemälde und die beste encyklopädische Darstellung der Begebenheiten auf dem Felde der Rechtswissenschaft und der Gesetzgebung, seit die Schwurgerichtsfrage in Deutschland geprüft worden ist.

Unter den letzten Erscheinungen in der Literatur über unsern Streit steht ein Aufsatz vom Staatsanwalt Haager in Constanz: „Der Kampf zwischen Schwurgerichten und ständigen Gerichten, nach Erfahrungen geschildert," im Jahrgang 1857 des Archivs des Criminalrechts, IX. XV. Der Verfasser führt zu den 20 Gründen für das Schwurgericht, welche Hilgard d. Aelt. 1855 in dieser Zeitschrift aufgestellt hatte, noch drei vermeintlich wichtige hinzu, wodurch er, $3 + 20 = 23$ Gründe für das Institut, die 20 Gegengründe Hilgard's, welche die Wagschale im Gleichgewicht hielten, naiverweise niederzudrücken hofft. Der Verfasser schwärmt für das „Volksrechtsbewußtseyn", eine schöne Idee, die in letzter Zeit öfters aus der Schweiz nach Deutschland heraufgeklungen ist, die uns aber in ihrer Realisirung durch die Schwurgerichte oft zum Schreckbild der Volksjustiz, wie ihr Gegenstück die Cabinetsjustiz wird. Alle die Beispiele, welche Haager aufgeführt hat, vermögen mit noch mehr Gegenbeispielen aus andern Ländern belegt zu werden, und von den Fällen ungeschickter Beurtheilung schweigt er, als ob die Badner Geschwornen allein das Glück hätten, keine Böcke zu schießen. Das Zurückschicken der Geschwornen

Digitized by Google

geschieht nur in der äußersten Noth, bei offenbaren Widersprüchen und zu auffallender Unvernunft; es liegt dabei sehr viel in der Hand des Gerichtshofes und besonders des Präsidenten. Glücklicherweise kommt es in andern Ländern auch nicht oft vor, aber es kommt doch vor, aber dann in einer Weise, daß man jedesmal den Stab über das Institut brechen möchte, weil seine Schwäche und das bloße Experimentiren damit zu auffallend wird. Wie schon oben bemerkt wurde, läßt sich aus oberflächlichen statistischen Notizen über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Geschwornenaussprüche wenig für den Werth der Anstalt nachweisen, weil sie stets unvollkommen und unsicher seyn werden, weil aber besonders ein einziges recht verkehrtes Urtheil hundert gesunde aufwiegt, die ganze Urtheilsfällung als Glücks- oder Zufallsspiel hinstellt und die Capacität stets in Frage stellt, also die Präsumtion sachverständiger und gerechter Rechtsprechung untergräbt. Haager hat nun sogar die Behauptung kühn ausgesprochen, daß das Schwurgericht die Rechtsgewährung besser oder doch nicht minder gut als die ständigen Gerichte zu verwirklichen im Stande seyen, hat aber dabei immer ständige Gerichte nach früherer Art mit Beweistheorien u. s. w. im Auge, und hat bei seiner Vergleichung und Abwägung denselben Fehler, wie viele andere Schriftsteller begangen, daß er theils die ständigen Gerichte sich nicht genau und scharf genug vorgestellt hat, wie sie nach Anerkennung der neueren Reform seyn können, theils sogar ihnen fehlerhafte Attribute aus früherer Zeit noch hat anhaften lassen. Die neueren Reformen, wenn sie dem Urtheil rechtsgelehrter Richter zu gute kommen, werfen viel mit in die Wage; aber selbst bei den Hauptfragen über die Fähigkeit der Laien, Richter zu seyn, welche ihnen abgesprochen werden muß, und bei der Frage über die Zulässigkeit einer Zersplitterung des Urtheils, welche Fragen die entscheidenden sind, bleiben jene Reformen ohne weiteren Belang.

Zum Schluß mögen noch zwei Schriften erwähnt werden. Die Geschwornengerichte, eine Schattenseite unserer Justiz, von Lewald, Berlin, 1856, und die Schrift eines Ungenannten: Ein mit rechtsgelehrten Richtern besetzter Schwurgerichtshof ist den Geschwornen vorzuziehen, Gotha, 1856, und eine Widerlegung einiger Einwendung gegen das Institut des Schwurgerichts von einem Geschwornen im Gerichtssaal, 1856, II. S. 263 ff., und eine

Vertheidigung desselben von einem Praktiker Rehm ebendas., 1857, I. S. 38 ff., sowie endlich einige Aufsätze in Demme's Schwurgerichtszeitung 1857, welche sich als Organ der Freunde der Jury ausgerufen hat.

§. 16.

Das Schwurgericht, Abhandlung von Ch. F. Grohmann, Schwerin, 1857, in Commission der Stiller'schen Hofbuchhandlung, 79 Seiten, ist die letzte literarische Erscheinung. Nach einer kurzen Vorrede, welche die Methode rechtswissenschaftlicher Behandlung berührt, hat der Verfasser in §. 1 die Terminologien der verschiedenen „möglichen Principien" des Strafverfahrens festgestellt, indem er dem Nichtofficialprincip das Officialprincip, der Verhandlung die Untersuchung und der Accusation die Nichtaccusation, und unter Zusammenziehung dieser Begriffe dem Official-Untersuchungs- und Nichtaccusationsverfahren ein Verfahren nach dem Nichtofficial-Verhandlungs- und Accusationsprincip entgegensetzt. Im §. 2 werden die beiden Principien nach dem Gegenstande des Processes begründet, das Nichtofficial-Verhandlungs- und Accusationsprincip als das geschichtlich frühere auch im Strafverfahren anerkannt, dagegen wird für den Strafproceß nach seiner wahren und innern Natur das Official-Untersuchungs- und Nichtaccusationsprincip als leitender Grundsatz gefordert. Gegen die Sache und die Terminologien muß namentlich eingewendet werden, daß die Verhandlung und Accusation, sowie die Untersuchung und Nichtaccusation zum s. g. Princip erhoben und neben das Nichtofficial- und Officialprincip gestellt worden ist; die ersteren Terminologien bezeichnen bloße Formen des Verfahrens, die letzteren aber den leitenden Grundsatz und dürfen nicht cumulirt werden, weil auch die eine Form auf den andern Grundsatz übertragbar ist. Statt weiterer Ausführung verweisen wir auf unsre Schrift: Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, Jena, bei Fr. Mauke, 1858, §§. 1—22.

Der §. 3 enthält in gedrängter Zusammenstellung die Veranlassungen zur Aufnahme des Schwurgerichts von England über Frankreich nach Deutschland, und widerlegt gut und kurz die Auffassung, daß das Schwurgericht ein Institut der Selbstregierung, daß die Geschwornen Repräsentanten des Volks und des Volksrechtsbewußtseyns seyen, indem der Verfasser hier die Vermischung

Digitized by Google

der Politik mit der Justiz verwirft, da die Justiz nicht dazu bestimmt sey, um durch sie zu regieren, sondern die Regierung dazu dienen solle, daß die Justiz gepflegt werde. Ferner wird die gangbare Meinung widerlegt, daß das Schwurgericht eine tüchtige Garantie gegen Eingriffe der Staatsgewalt sey, und nachgewiesen, wo die letzten Garantien einer Staatseinrichtung und somit auch der Justiz ruhen. Am Ende des Paragraphen kommt der Verfasser auf die Entwickelung der Beweistheorien im deutschen Strafproceß früherer Zeit, und nachdem er im §. 4 eine Episode über den Indicienbeweis eingeschoben hat, knüpft er an die Unentbehrlichkeit des Indicienbeweises wieder an und zeigt, daß man gerade zur Lösung der Indicienfrage das Schwurgericht als das beste Rettungsmittel angesehen habe.

Der §. 5 führt den Leser auf den Hauptpunkt, nämlich auf das Wesen des Schwurgerichts als eines Laiengerichts, besonders mit Anknüpfung an englische Zustände, woran im §. 6 Nachweise für die Principlosigkeit, Durchlöcherung der Grundsätze und Armuth an Systematisirung im englischen Strafverfahren geknüpft, wobei aber auch die natürlichen Gründe davon berührt werden.

Im §. 7 hat der Verfasser nachgewiesen, wie man in Frankreich das Official-Untersuchungs- und Nichtaccusationsprincip zu retten und dem Laien kein juristisches Urtheil zu übertragen bemüht gewesen sey. Dieß letztere führt ihn zu einer Episode über die Trennung der That- und Rechtsfrage, die in der That das Interessanteste in der ganzen Abhandlung ist. Das Resultat seiner Erörterung darüber ist, nachdem er den Versuch, aber auch nur diesen, gemacht hat, die Möglichkeit einer Trennung der Rechts- und Thatfrage an den am meisten bezweifelten Beispielen zu zeigen, daß eine consequent durchgeführte Trennung der That- und Rechtsfrage im Grunde ganz unnatürlich sey und dem Schwurgericht bald den Todesstoß geben würde. Doch habe man sich in Frankreich und Deutschland, weil die Wahrheit als unumstößlich erkannt sey, daß Laien unmöglich so gut rechtsprechen könnten wie Juristen, da man das Schwurgericht um jeden Preis haben wollte, genöthigt gesehen, jene Trennung vorzunehmen und die Thatfrage den Geschwornen zur Beantwortung allein zu übergeben. „Dieß alles mußte sich in Frankreich und Deutschland besonders scharf herausstellen, da hier der Boden auf diesem Felde einmal aufge-

Digitized by Google

wühlt war, und da hier der Trieb, die wissenschaftlichen Principien kennen zu lernen, sie von Inconsequenzen zu säubern und sie mit möglichster Consequenz durchzuführen, lebendiger und den Menschen mehr zur Natur geworden ist. Es hängt dieses letztere mit der höheren Entwickelung und Bedeutung der Rechtswissenschaft bei uns zusammen. Was ist englische Jurisprudenz gegen die unsrige?" u. s. w. Aus Gneist's heutigem englischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht I. belegt der Verfasser die Mangelhaftigkeit theoretischer Vorbildung und wissenschaftlicher Behandlung des Rechts, und wir möchten den Leser besonders auf die treffliche Uebersicht, welche Gneist a. a. O. S. 503 ff. gegeben hat, verweisen, um sich von der bloßen Routinejurisprudenz der Engländer zu unterrichten. Weil es in England noch gänzlich an wissenschaftlicher Durcharbeitung des Rechts fehlt weil das alte Recht nur Schritt für Schritt der nothwendigsten Reform unterworfen, aber in seiner Naivetät noch Volkseigenthum, nicht aber durch seine Nüancirungen Gegenstand und Lebensberuf einer Classe von Sachverständigen geworden ist, deßhalb ist in England allein noch der Boden für Laienurtheile. Die Quintessenz concentrirt sich auf folgende Sätze des Verfassers: „Das Institut, welches eigentlich nur in eine Zeit paßt, wo die Rechtswissenschaft noch unentwickelt ist, wo das Vorverfahren, wie bei den alten Schöffengerichten, noch wenig Bedeutung hat, wo noch die Sache eigentlich erst am Gerichtstage geltend gemacht und das Verfahren ganz und gar vor den Augen der Urtheilsfinder vor sich gehen kann, wo Laien die ganze ungetrennte That- und Rechtsfrage, Laien sogar über die Strafzumessung definitiv entscheiden, wo jene Trennung überall noch nicht ventilirt wird — jenes Institut, welches aber immerhin mit seinen mannichfachen Aushülfen in seiner Heimath als eine alte, noch im wohnlichen Zustande erhaltene ehrwürdige Ruine erscheint, von der Nation mit Anhänglichkeit betrachtet, erscheint anderswo als eine der Wissenschaft im Grunde feindliche (offenbar wegen Wiederaufhebung der wissenschaftlichen Resultate in Zerlegung der Rechtsbegriffe durch deren rückwärtsschreitende Verallgemeinerung von Seiten der Laien. Rec.) und nur von der allgemeinen blinden Nachahmungslust hervorgerufene Neuerung, als das Ergebniß einer Nachahmung von etwas, was man gar nicht begriff und was zu den eigenen Verhältnissen gar nicht paßte, welches ganz unnachahmbar war, wofür

Digitized by Google

man nur hinterdrein mit aller Mühe eine hinfällige Begründung finden konnte, — als eine Neuerung, der auf den Grund zu gehen man scheute, für die man nur eine Reihe secundärer und höchst problematischer Gründe geltend zu machen vermochte; denn der Kampf, der um das Schwurgericht gefochten ist, hat den Kern der Sache eigentlich noch gar nicht berührt und daher ist es auch gekommen, daß derselbe sich so unfruchtbar erwies; denn weder das Vorurtheil für das Schwurgericht ist durch ihn gebrochen, noch das dunkle Gefühl entfernt, daß man eigentlich noch gar nicht wisse, womit man es so recht zu thun habe, und daß das Schwurgericht doch am Ende wohl nicht so ganz für unsere Verhältnisse passe."

Hierauf werden im §. 8 die secundären Gründe für das Schwurgericht noch einer gedrängten Prüfung unterworfen, die schnellere Durchführung der Schwurgerichtsprocesse, die richtigere Beurtheilung der Thatfrage durch Geschworne als durch rechtsgelehrte Richter, die größere Unparteilichkeit der ersteren; keiner derselben kann aber als richtig zugestanden werden und keiner vermag etwas gegen jenen Hauptgrund der Unassimilirbarkeit des Schwurgerichts zu der deutschen Rechtsbildung. Dagegen werden noch eine Menge Nachtheile des Schwurgerichts in seiner Mischlingsgestalt aufgeführt, und Vergleiche mit dem französischen und englischen Institut gemacht.

Im folgenden Paragraphen verbreitet sich der Verfasser über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit insbesondere, und gibt sich als einen Anhänger des Untersuchungsprocesses noch offener als in vorhergehenden Stellen zu erkennen. Hieran schließt sich der letzte Paragraph mit dem Schluß, welcher die Hauptsache noch einmal recapitulirt. Der Verfasser behauptet, daß durch die Einführung des Schwurgerichts ein ganz entschiedener Rückschritt gemacht werde, und daß man ohne Noth die eigne Rechtsentwickelung einem unharmonischen, systemlosen und den praktischen Bedürfnissen nur der Engländer angepaßten Institut voller Auswüchse und Anhängsel geopfert und schließlich doch nur eine Caricatur erlangt habe. Endlich wird darauf hingewiesen, daß auch heimliche Ahnungen der Unhaltbarkeit des Schwurgerichts auftauchten, z. B. bei Mittermaier, Strafverfahren I. S. 325, welcher dort ein Geständniß ablege, welches alles von ihm für das Schwurgericht Gesagte wieder umstoße.

Wir haben, um dieser Abhandlung nicht eine zu große Ausdehnung zu geben, uns hauptsächlich auf ein Referat der wichtigsten

Digitized by Google

Sätze des Verfahrens beschränkt, und können seine Schrift zur möglichsten Verbreitung empfehlen, weil sie wirklich den Kern des Streites von allen bisherigen Beleuchtungen am besten enthüllt hat. Wir hätten freilich gern darin noch eine ausführlichere Kritik der häufigen Phrase, daß das Volksrechtsbewußtseyn durch Laiensprüche kundgegeben werde, gewünscht. Auch dürfte dem Verfasser rücksichtlich der Trennung der That- und Rechtsfrage darin nicht beizustimmen seyn, daß sie stets möglich sey; vielmehr wird sie in den meisten Fällen kaum scharf durchzuführen seyn, weil die meisten concurrirenden Worte und Begriffe, selbst trotz ihres vulgären Scheins juristische Begriffe, Haupt- und Nebenbegriffe, involviren, und diese nur dem Juristen geläufig seyn können. In den letzten Paragraphen wäre die Frage über das Schwurgericht von den andern Fragen über Mündlichkeit, Oeffentlichkeit u. s. w. schärfer zu trennen gewesen, weil es den Anschein gewinnt, als hänge die Schwurgerichtsfrage damit auf's engste zusammen und bilde in diesem Zusammenhang den alleinigen Gegensatz zum Inquisitionsproceß der vergangenen Zeit, wie man in früheren Jahren noch anzunehmen pflegte. Allein in der Gegenwart ist über die Fragen der contradictorischen Proceßform in Verbindung mit der Untersuchung, über die Nothwendigkeit einer unmittelbaren Beweisproduction vor dem erkennenden Gericht und der dabei gebräuchlichen Form der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit u. s. w. praktisch entschieden, so daß nur noch der Gegensatz übrig bleibt, ob wie in Oesterreich, Sachsen und S. Altenburg die Rechtssprechung in dem neu gestalteten Strafverfahren nur von rechtsgelehrten Richtern, oder wie in andern Ländern das Straf-Haupturtheil zugleich von Laien oder Geschworenen in der bekannten Weise mitgesprochen werden solle. Auch hätte als ein Hauptmangel noch mehr die gegen die Logik streitende Vertheilung des Strafurtheils als eines zusammengehörigen Syllogismus an zwei verschiedene Organe hervorgehoben werden können.

Die Darstellung ist sehr gedrängt, wie in Grohmann's früherer Abhandlung über den Begriff des Rechts, Schwerin, 1857, und es ist ihm gelungen, was er wollte, seinen Stoff nach der von Dworzack in der kritischen Ueberschau Bd. V. S. 2 angedeuteten Richtung zu bearbeiten; auch waren die Episoden durchaus nothwendig, wenn die Begründung nicht mangelhaft werden sollte.

Digitized by Google

Hiermit hätten wir den Schwurgerichtsstreit bis auf die Gegenwart verfolgt und möchten wünschen, daß er mit der letzten Schrift theoretisch wenigstens beendigt seyn möchte. Das Schwurgericht aus Deutschland wieder zu beseitigen, wird freilich seine großen Schwierigkeiten haben, weil weitgreifende und tiefgewurzelte Vorurtheile und nichtjuristische Rücksichten die Volksjustiz noch aufrecht erhalten und der Kern der Sache bisher doch noch nicht erfaßt war. Die Erfahrung muß noch mehr belehren, und wir täuschen uns nicht, wenn wir den Sturz des Schwurgerichts in einigen Ländern in nicht zu weiter Ferne vorbereitet meinen; es ist schon bedenklich, wenn man wenigstens die Nothwendigkeit einer Veränderung des Wahlmodus, die mehr Intelligenz in das Schwurgericht bringen soll, anerkennt. Möge Hannover den ersten Schritt zur Beseitigung des Schwurgerichts thun, aber nicht so weit gehen, wie die Zeitungen melden, auch zum reinen Untersuchungsproceß zurückkehren, sondern vorzüglich sein Institut der Staatsanwaltschaft germanisiren. Schließlich drücken wir unser Bedauern aus, daß die Grohmann'sche Schrift nicht ein Jahr früher erschien, um noch zur rechten Zeit in dem Herzogthum S. Coburg-Gotha studirt zu werden, ehe die Einführung des Schwurgerichts dort beschlossen wurde. Die Erfahrungen der Nachbarländer konnten dazu nicht ermuthigen und man möchte fast glauben, daß auch dort politische Rücksichten das Hauptmotiv für die Einführung bildeten. Wäre das einzige Motiv das gewesen, zur Erlangung größerer Einheit in der thüringischen Rechtspflege das Schwurgericht, weil es die Nachbarstaaten haben, auch einzuführen und einen gemeinschaftlichen Cassationshof am Oberappellationsgericht zu Jena, so wie einen gleichartigen Rechtsmittelzug zu haben, so wäre dieß anerkennenswerth gewesen, obgleich dieses Motiv endlich doch auch ein mehr politisches, staatsrechtliches, oder auf Staateneinigung hinauslaufendes ist. S. Coburg-Gotha konnte aber eben so gut sich der Gerichtsorganisation S. Altenburgs anschließen, oder wenigstens der S. Weimars mit Weglassung des Schwurgerichts und Einsetzung eines wandernden Gerichtshofs von 5 oder 7 rechtsgelehrten Richtern zur Aburtheilung der Verbrechen i. e. S. Auf keinen Fall wird S. Coburg-Gotha bessere Früchte in der Strafrechtssprechung mit Geschwornen ernten als die thüringischen Nachbarländer.

Jena. Dr. **Hermann Ortloff.**

Digitized by Google

XVII.

Kurze Anzeigen.

1) Ueber ein griechiſches Urkundenfragment auf einer Wachstafel aus Siebenbürgen. Von Dr. Detleffen. Wien, 1858 (aus den Sitzungsberichten der k. k. Akademie d. W. beſonders abgedruckt). 22 S.

Wir haben S. 91 dieſes Bandes des vorbezeichneten Urkundenfragments erwähnt. Nachdem dasſelbe nunmehr von Herrn Dr. Detleffen bekannt gemacht und mit gleichem Geſchick und Erfolg, wie die unter Nr. V. dieſes Bandes mitgetheilten Urkunden, bearbeitet worden iſt, glauben wir auch diesem einen Platz in dieſer Zeitſchrift einräumen zu ſollen, um ſo mehr, da nach Angabe des Herausgebers Th. Mommſen nur die lateiniſchen Urkunden dieſer Art demnächſt in einer Sammlung zu veröffentlichen die Abſicht hat. Das Fragment iſt die letzte Tafel eines Triptychum oder, wie der Herausgeber jetzt wahrſcheinlicher findet, eines Pentaptychum, d. i. einer aus fünf zuſammengehörigen Tafeln beſtehenden Urkunde. Er ſchließt dieſes aus dem Umſtande, daß ſich an der vorliegenden Tafel außer drei Löchern am obern Rande und einem in der Mitte des untern Randes noch zwei andre am rechten Seitenrande befinden, die an keiner der bisher beſprochenen Tafeln bemerkt wurden. Er ſagt darüber: „Es konnten Documente vorkommen, die zu umfangreich waren, als daß ſie auf den zwei Seiten, die ihnen (dem Original gleichwie dem dazu gehörigen Duplicat) in einem gewöhnlichen Triptychum zugewieſen waren, Platz hatten. Wollte man in einem Falle nicht Tafeln von be-

Digitized by Google

deutender Größe oder eine sehr kleine Schrift anwenden, so blieb nichts andres übrig, als statt dreier zusammengehörigen fünf Tafeln anzuwenden, von denen dann alle außer den zwei äußern auf beiden Seiten beschrieben waren, so daß für das Originaldocument wie für das Duplicat je vier Seiten zu Gebote standen. Für die Zusammenfügung der Tafeln dieses Pentaptychon hätte man dann eine etwas complicirtere Methode angewandt als beim Triptychon. .... Beim Triptychon scheint die Einrichtung so gewesen zu seyn, daß die drei Tafeln zunächst scharnierartig durch Fäden verbunden waren, die durch die beiden äußeren Löcher der einen längeren Seite gezogen waren. Bei dieser Einrichtung war es möglich, die Tafeln nacheinander aufzuklappen. Die beiden Löcher aber in der Mitte der beiden Längenseiten der zweiten und dritten Tafel dienten nur dazu den Leinfaden hindurchzuziehen, über den dann auf der zweiten Seite der mittleren Tafel das Siegelwachs gelegt wurde. Bei dem Pentaptychon scheinen nur die drei ersten Tafeln mit der letzten ganz in derselben Weise verbunden gewesen zu seyn, während die vierte mit der letzten so zusammenhing, daß sie bei Oeffnung des Documents nach der rechten Seite hin aufgeschlagen wurde. Die das Scharnier bildenden Fäden waren durch die beiden äußern Löcher dieser Seite der Tafeln gezogen, während das mittlere nur für den zur Versiegelung dienenden Faden gemacht war." Die vorliegende Tafel ist nun jedenfalls die letzte eines Triptychon oder Pentaptychon und daher nur auf einer Seite beschrieben. Der Herausgeber gibt davon zwei Facsimile: das eine stellt die mindestens zweimal rescribirte Tafel in ihrer ganzen Erscheinung mit allen verworrenen Spuren dreifacher Schrift dar; das andre gibt nur die noch erkennbaren Züge der letzten Schrift, welche Gegenstand dieser Mittheilung ist. Der Herausgeber hat diese folgendermaßen entziffert, wobei die eingeklammerten Buchstaben zweifelhafte Stellen, die Punkte in den Zeilen die größte mögliche Zahl der fehlenden Buchstaben andeuten:

καιτωνλοιπων κ.....γω·Χκγ κ
τουτωνεκατοστη.....(να)ποτησ
προγεγραμμενησημερασεις....κοκ
βριασεανδεμηαπο(δ)ωσ.....την
μερανωρισμενηαπ.δωσωω
παριονετιΧκε· εγενετοεισ..β
νονμεγαλην

Digitized by Google

Er liest dieß mit einigen in eckigen Klammern eingeschlossenen Ergänzungen so:

καὶ τῶν λοιπῶν κ'.....γων Χ κγ' κ[αι]
τούτων ἑκατοστὴ[ντίσει] (νὰ)πὸ τῆσ
προγεγραμμένησ ἡμέρας εἰς[τὴν δ']κ·ο κ[τω]
βρίασ. ἐὰν δὲ μὴ·ἀπο(δ)ῶ σ[οι εἰς] τὴν[ἡ]
μέραν ὡρισμένη[ν] ἀποδώρω δ
παρίον ἔτι Χ κε'. ἐγένετο εἰς[αλ]β[ουρ]
νον μεγάλην.

und in lateinischer Uebersetzung: *et pro reliquis..... X XXIII et horum centesimam usuram me soluturum esse ex die suprascripta ad IIII. K. Octobres. si vero non tibi dedero die praestituta, dabo ut additamentum etiam X XXV. actum Alburni maioris.*

Die Ergänzung der Unterschrift ist gewiß richtig; sie wird unterstützt dadurch, daß die Tafel von einer frühern lateinischen Inschrift noch deutlich die Züge: *Act alb. aj...s* (d. i. *Actum alburni majoris*) erkennen läßt. Demnach würde der in Nr. V. obgenannte Ort griechisch *Αλβουρνος μεγαλη*, also lateinisch Alburnus major, nicht, wie dort angenommen wurde, Alburnum majus geheißen haben. In dem übrigen Text ist manches zweifelhaft, und sehr zweifelhaft ist auch die Deutung des ganzen Bruchstücks. Als ziemlich sicher ist nur anzunehmen, daß es ein Zahlungsversprechen mit Zinspflicht und zudem noch ein Poenalversprechen für den Fall verzögerter Leistung enthält. Detlessen hält für wahrscheinlich, daß die Urkunde sich auf einen Kauf bezogen habe, und vermuthet in der ersten Zeile des Fragments die Angabe eines Theils des Kaufgegenstandes. Darnach proponirt er einen Formel-Entwurf der ganzen Urkunde, der in lateinischer Uebersetzung also lautet: Gaius Tito. Rerum, quas mihi te traditurum esse promisisti die hac vel illa, pretium tibi me daturum esse die hac vel illa (wahrscheinlich a. d. IIII. Kal. Oct.) promitto, scilicet pro parte earum X tot vel tot, et pro reliquis..... u. s. w. wie oben. Allein diese Deutung und Ergänzung entbehrt nicht nur eines sichern äußern Anhaltpunktes, sondern auch der innern Wahrscheinlichkeit. Wenn es sich um einen beiderseits noch erst zu erfüllenden Kaufcontract handelte, wie sollte der Käufer ein einseitiges Zahlungsversprechen bezüglich des Kaufpreises schriftlich

Digitized by Google

ausstellen, der doch vor Ueberlieferung des Kaufgegenstandes nicht bezahlt zu werden brauchte? Warum dann nicht lieber ein beiderseits ausgefertigtes Document über den zweiseitigen Contract? Eher ließe es sich denken, daß der verlorene Theil der Urkunde ein Bekenntniß des Empfangs der gekauften Sachen enthalten habe und daran sich nun jenes Zahlungsversprechen anschließe. Aber seltsam bliebe dann noch die Unterscheidung der Gegenstände mit getrennter Preisbestimmung, wornach also auch zwei getrennte Käufe vorauszusetzen wären, und dann müßte man doch auch, wie Detlessen selbst bemerkt, die Angabe der ganzen Kaufsumme (richtiger: die Summe beider Kaufpreise) erwarten, auf welche sich das weiter folgende Zinsversprechen beziehen soll, und dafür findet sich in obiger Restitution kein Platz. Diesen Einwendungen entgeht man, wenn man folgenden Zusammenhang annimmt:

Der erste Theil der Urkunde enthielt ein Bekenntniß des Gaius (so wollen auch wir den Käufer nennen), daß er von Titus an einem bestimmten Tage eine Reihe von näher bezeichneten Gegenständen, etwa eine Hauptsache mit mehrern näher angegebenen Accessionen, oder auch mehrere namentlich bezeichnete Sklaven, kaufweise überliefert erhalten habe. Daran knüpfte sich die Zusage, daß er dem Titus als Preis z. B. des ihm übergebenen Grundstücks und der übrigen oben benannten Sachen (oder des Sklaven Stichus und der übrigen genannten Sklaven) so und so viel nebst centesimae usurae von oben bezeichnetem Tage der Ueberlieferung an gerechnet an bestimmtem Tag (vielleicht a. d. IV. Cal. Oct.) bezahlen werde. So würden sich die Worte *Και των λοιπων* passend anschließen an die Erwähnung des zuerst genannten oder Haupt-Gegenstandes, und müßte die Lücke nach denselben bis einschließlich *γων*, wofür *νων* zu lesen, durch das entsprechende Participium genit. plur. zu *λοιπων* ausgefüllt werden, etwa *καλουμένων* oder *προγεγραμμένων*. Jedoch müssen wir nun auch noch einen höheren Betrag der am Ende der ersten Zeile genannten Summe zu gewinnen suchen; denn 23 Denare erscheint als Gesammtpreis zu gering, in Vergleichung mit der am Ende bezeichneten Poenalsumme von 25 Denaren. Da kommt uns eine Vermuthung Girtanner's (S. 20) zu statten, daß vielleicht die Zeichen *κγ* mit Strichen versehen gewesen (*κ, γ,*) und nicht 23, sondern 23000 zu lesen seyen, wobei freilich nicht zu

Digitized by Google

verſchweigen iſt, daß Detleſſen von ſolchen Strichen auf der Tafel keine Spur bemerkt hat (S. 20 Not. 2).

Girtanner freilich verſucht nach der bei Detleſſen S. 16 fg. abgedruckten Mittheilung eine andere Deutung. Er bemerkt zunächſt: wenn man ſich die Parteien als Römer denke, ſo ſey, da ein formloſes Verſprechen vorliege, als Möglichkeit gegeben entweder ein Conſenſualcontract oder ein Conſtitutum. Gegen das erſte ſcheint ihm das ἀποδῶ Z. 4 zu ſprechen, das beſſer zur Rückgabe paſſe, gegen das zweite die Verabredung der Verzinſung, die beim Conſtitutum ebenfalls eine ſchon beſtehende Verpflichtung vorausſetzen würde, beſonders aber die angehängte Poenalclauſel, für welche eine ſchon beſtehende Verbindlichkeit, ſelbſt als naturalis obligatio, nicht wohl angenommen werden könne. Er neigt ſich daher zu der Vermuthung, daß die Urkunde eine peregriniſche war, betreffend ein Darlehen, ein Chirographum oder eine Syngraphe in der Form, wie ſie Heimbach (Creditum Nro. XVI.) nach einer ägyptiſchen Papyrusurkunde (bei Detleſſen S. 18 Anm. 1 zur Vergleichung abgedruckt) darſtellt; und zwar hält er, in Z. 1 τῶν λοιπῶν gleich τοῦ λοιποῦ nehmend und darnach ὁμολόγων ergänzend, für das wahrſcheinlichſte Folgendes: „Der erſte Theil enthielt das Bekenntniß des Empfangs und die causa — wahrſcheinlich Darlehen — das Verſprechen der Rückgabe am 1. Oct., und daran ſchließt ſich unſer Stück ſo an: indem ich fortan, oder: indem ich übrigens verſpreche den hundertſten" u. ſ. w. In der letzten Clauſel aber vermuthet er eine Verabredung, die den Zweck eines einfachen Anatocismus, aber in der bequemeren Geſtalt einer Conventionalſtrafe von beſtimmtem Betrage erreichen ſollte, und findet dann darin ein weiteres Argument für die Peregrinität der Parteien, „da für Römer der Anatocismus und das Ueberſchreiten der centesimae usurae, auch auf den Namen einer Conventionalſtrafe, unterſagt war," während für Peregrinen wenigſtens zu Cicero's Zeit der Anatocismus erlaubt war.

Das letzte Argument ſcheint mir wenig bedeutend. Denn wie uns das Maß der centesimae usurae gerade zuerſt in den Provinzen begegnet und das von Cic. ad Att. V. 21 §. 13 angeführte Sc. „*ut centesimae usurae perpetuo foenore ducerentur*" ebenfalls auf Provincialen ſich bezog, ſo war auch gewiß das zur Zeit der claſſiſchen Juriſten beſtehende Verbot des Anatocismus nicht

Digitized by Google

auf Römer allein beschränkt; wird doch in L. 27 D. de re iud. auch gerade einem praeses provinciae vorgeworfen, daß er contra leges et sacras constitutiones in usuras usurarum condemnavit. Auch die Bedenken gegen ein Constitutum verschlagen nichts, wenn man dasselbe auf einen Kaufpreis bezieht; denn nicht nur versteht sich die Verzinsung des Kaufpreises nach Ueberlieferung der Waare regelmäßig von selbst, sondern sie konnte auch in den Kaufbedingungen ausdrücklich festgesetzt seyn, und das letzte konnte ebenso bezüglich der Conventionalstrafe der Fall seyn, ohne daß es einer Stipulation bedurfte und ohne daß es gegen das Verbot des Anatocismus verstieß. Das Wort ἀποδώσω scheint allerdings passender auf Rückzahlung zu deuten, kann aber doch auch wohl überhaupt eine Baarzahlung bezeichnen. Dagegen kann ich mich weder mit der Erklärung des Τῶν λοιπῶν im Sinne von Τοῦ λοιποῦ noch mit dem Participium ὁμολογῶν an diesem Platz befreunden; lieber würde ich, worauf Girtanner S. 19 auch hindeutet, eine vorausgegangene Abrechnung vermuthen, nach welcher sich als Rest (Τὸ λοιπὰ) die Summe von 23 Denaren ergeben, die der Aussteller zu zahlen verspricht (vergl. L 61 pr. D. de O. et A. 44. 7. ἐξὶν λοιπὰ παρ' ἡμῶν ὀφειλόμενα τόσα).

Wie dem auch sey: einiges Interesse gewährt das Fragment immerhin, einmal in historischer Beziehung, weil es beweist, wie in jenen von Trajan colonisirten Gegenden neben der lateinischen zugleich auch die griechische Sprache in juristischen Dingen in Gebrauch war, sodann wegen ihres wenigstens theilweise unzweifelhaften Inhalts, und verdient der Herausgeber für die mühevolle Entzifferung den Dank der Juristen. Uebrigens sey mir gestattet, diese Gelegenheit zu benutzen, um zu Nr. V. dieses Bandes einige Berichtigungen anzugeben und eine nachträgliche Bemerkung hinzuzufügen.

Die Berichtigungen sind folgende: S. 78. Z. 17. 27., S. 81. Z. 5. 17. 31., S. 87. Z. 23. finden sich Sternzeichen; statt derselben sollte jedesmal ein *X* mit einem Querstrich stehen, das Zeichen für den Denar (vergl. S. 85 Anm. a.), das der Setzer trotz der Correctur nicht begriffen hat. — S. 78. Z. 29 lies ***julius***, Z. 32 ***num. ra...***, Z. 33 ***ae b*** — S. 80. Z. 20 lies ***iubes?*** — S. 86. Z. 13 lies ***comitialis*** — S. 87. Z. 12 das

Digitized by Google

Sternzeichen ist in Z. 4 nach „restituiren“ zu setzen, Z. 16 *an dueja* zusammenzufügen. — S. 91. Z. 6 lies Triptychum.

Die nachträgliche Bemerkung betrifft die räthselhaften Worte *empta sportellaria* (oben S. 81. 83). Der hochverehrte Senior der Facultät, welcher ich bis vor wenigen Jahren anzugehören die Ehre hatte, schreibt mir: „Jam primo intuitu verbi „sportellaria“ incidit mihi in mentem „cistellaria“ Plauti, ad cuius similitudinem aperte vocabulum „sportellaria“ formatum est. Exinde conjicio, Passimam puellam, cuius in ista tabula fit mentio, ad certum servitii genus, scilicet sportularum in conviviis forte aut in sacrificiis gerendarum destinatam fuisse (Körbchenträgerin cf. Plauti Trinuum. II. 1. v. 22. „Sandaligerulae“ — et alibi „salutigeruli pueri“). In hoc servitii genere vel aetas Passimae (circiter sex annorum) minime obstat.“ Diese Erklärung scheint mir vollkommen befriedigend. Zwar passen die Worte „empta sportellaria“ nicht in die Satzverbindung der Urkunde. Aber da sie im Original derselben nur zwischen den Zeilen stehen, so liegt es nahe, anzunehmen, daß sie nur nachträglich als Parenthese zur Bezeichnung der Qualität des gekauften Mädchens hineingeschrieben, dann bei der Abschrift aber im Duplicat gedankenlos in den Text aufgenommen seyen. „Sportellarius qui sportellam portat“ findet sich auch im Forcellini (Schneeberger Ausg. Tom. IV. pag. 536), aber in dem Verzeichniß der als unlateinisch, barbarisch oder unbeglaubigt ausgelassenen Worte. Hier hätten wir nun eine Beglaubigung dafür in feminino, und ich denke, der Philolog, dem wir die lesbare Mittheilung der fraglichen Rechtsurkunden verdanken, wird nichts dagegen haben, daß ihm die Sportellaria, aus der er nichts zu machen wußte, durch einen berühmten Processualisten als ein niedliches, natürlich weißgekleidetes Mägdelein, dergleichen auch wir bei feierlichen Gelegenheiten zu sehen gewohnt sind, mit einem Körbchen voll zierlicher Blumen oder Früchte u. dgl., vorgestellt wird.

A.

Digitized by Google

2) Ludwig der Fromme vor seiner Thronbesteigung, von Dr. R. Foß Berlin, Enslin, 1858. 3 Bog.

Diese fleißige und gut geschriebene Monographie belegt wieder einmal den Satz, daß in der germanistischen Rechts- und Geschichtsforschung bei dem dermaligen Stand der Quellen nur eine streng durchgeführte Arbeitstheilung fördern kann: gegenüber dem massenhaften Stoff kann nur stückweise, aber dann auch erschöpfende Bearbeitung je Eines Quellenkreises zu wirklichen Fortschritten der Wissenschaft führen.

Der Verfasser hat die chronistische Methode der Annalenschriftsteller befolgt und unter jedem Jahr die Quellenangaben über seinen Helden hintereinander aufgestellt; er begleitet denselben von seiner Geburt (im April oder Mai 778) bis zum Todesjahr Karls des Großen (814) in der angegebenen Weise (p. 1—28) und gibt dann (p. 28—48) anhangsweise zwei Excurse: I. zur Kritik der Quellen und zwar der vita Hludovici des Theganus und des Petrus de Marca, II: zur Topographie, insbesondere bezüglich der Feldzüge Ludwigs jenseits der Pyrenäen; eine Regestentafel und ein Stammbaum Ludwigs bilden den Schluß.

Jene annalistische Methode wird nun aber immer den Nachtheil haben, daß sie den Zusammenhang der Darstellung stört, ja unmöglich macht, und dieß wird um so nachtheiliger wirken, wenn der Gegenstand ein so mannichfaltiger ist, wie das Leben Karls und seiner Söhne; auch bei einer minder äußerlichen Methode werden sich in diesem Gegenstande harte Sprünge schwer vermeiden lassen: die bloße Beachtung der Jahresfolge aber knüpft bald in Spanien, bald in Sachsen, bald in Aquitanien den Faden an, um ihn sofort wieder abreißen und kurz darauf von neuem aufnehmen zu müssen, worunter Uebersichtlichkeit und Klarheit leiden müssen. Im Zusammenhang mit dieser Methode steht ein zweiter Uebelstand der Darstellung: der Verfasser hat es verschmäht, die Verbindung der einzelnen Facta, die er bespricht, mit ihren geschichtlichen Voraussetzungen hervorzuheben. Wenige Worte hätten dabei für den Kundigen genügt, und dem Verfasser, bei seiner vollständigen Herrschaft über das Material, geringe Mühe gemacht. So wäre gegenüber der herrschenden Ansicht von der Originalität der Ideen Karls die ganz richtige Andeutung weiter auszuführen gewesen, daß Pipin (und

Digitized by Google

wir setzen hinzu: seine Nachfolger) in den meisten Beziehungen nur das Streben des Hauses der Pipiniden nach allen Seiten hin aufgenommen und fortgeführt haben (p. 1). Ebenso wäre die Bemerkung, daß die Verbindung mit dem Papst von Karl als ein Mittel der Legitimation seiner Dynastie erkannt wurde (p. 3), durch eine kurze Zeichnung der Situation zu erläutern gewesen. Denn hier liegt die Wurzel der spätern Verhältnisse zwischen Rom und Deutschland. Die Politik der Päpste und der Pipiniden hatte manche Zwecke gemein, und ihre Verbindung hat beide Mächte in ihren Planen aufs mächtigste gefördert, aber in letzter Instanz war doch der Papst der meistgewinnende Theil; er hatte durch die Frankenkönige Vortheile erlangt, die er nur durch ihre Hülfe anstreben konnte: die Bekehrung der noch heidnischen deutschen Stämme, der Friesen und Sachsen, und die Einführung und Befestigung der hierarchischen Centralisation im Sinne des Bonifacius im gesammten fränkischen Reich; ferner die Befreiung von der höchst drückenden Nachbarschaft der (lange Zeit arianischen) Langobardenherrschaft, die Emancipation von der schiefen Unterordnung unter den byzantinischen Kaiser und die Begründung einer weltlichen Territorialmacht, deren Wichtigkeit die Curie früh erkannte. Das Haus der Pipiniden dagegen erhielt vom Papst zwar ebenfalls wichtige Unterstützungen: die Weihe der Revolution gegen die Merowinger, die Gewöhnung der heidnischen deutschen Stämme an strafferes Regiment — denn Heidenthum und Stammesfreiheit rangen vergeblich gegen die verbündete Centralisation durch den Papst und die Pipiniden, und jeder Sieg des Christenthums war ein Sieg des regnum Francorum — und endlich die Kaiserkrone, ein Danaer-Geschenk! Allein der wichtige Unterschied in diesen gegenseitigen Hülfeleistungen lag darin, daß, während für die Päpste die Hülfe der fränkischen Hausmeier und späteren Könige eine conditio sine qua non für jene Ziele war, die Pipiniden die erwähnten Vortheile auch ohne die päpstliche Hülfe, wenn auch schwerer, würden errungen haben, ohne dabei in die Abhängigkeit vom Papst zu gerathen, welche, anfangs kaum wahrnehmbar, mit der Zeit wachsen und endlich das Erliegen der deutschen Kaiser in ihrem Kampfe mit den Päpsten herbeiführen mußte. — Eine noch so kurze Entwickelung dieser Verhältnisse würde das vorliegende Buch zu mehr als einer fleißigen Sammlung von Facten gemacht haben, deren innere Bedeutung aus der gegebenen

Digitized by Google

Darstellung nicht erhellt; so würde z. B. die Procedur gegen den ketzerischen Bischof Felix von Urgel, deren Foß mehrmals erwähnen muß, erst durch eine solche Auseinandersetzung verständlich, und so würden die fortwährenden Aufstände in Aquitanien und dem südwestlichen Frankreich durch einige Worte über das Verhältniß der Herzoge vom Stamme des Waifar und Lupus zu dem legitimen Haus der Merowinger und zu der revolutionären Dynastie der austrasischen Pipiniden erst den richtigen Sinn erhalten. Wo der Verfasser gezwungen ist, den inneren Zusammenhang auseinander zu setzen, gewinnt die Darstellung sofort an Werth und Interesse: so erhält namentlich das Verhältniß des Frankenreichs zu den spanischen Saracenen durch dieß Buch eine wichtige und ziemlich neue Beleuchtung; der Feldzug Karls nach Spanien, den man häufig nur aus religiös-ritterlichen Motiven erklärt hat (die bei seiner ungeheueren „Geschäftsüberhäufung" wahrlich nicht ausreichen würden), wird sehr erklärlich durch die Darstellung der fast unausgesetzten Gränzkriege, in welchen die arabischen Wali's die fränkischen Marken belästigten; die Darlegung der Schicksale und Verhältnisse der Marca hispanica ist jedenfalls der wichtigste Theil der Schrift. Interessant ist auch, was p. 10—12 berichtet wird über die Schwäche Ludwigs gegen seinen Adel, an den er schon in seiner Jugend alle seine Güter verschleudert, über die Gegenbestrebungen des Klerus und die Maßregeln Karls in dieser Sache, indem sich von da aus über den Charakter Ludwigs und die Stellung des Dienstadels und der Kirche zu Sohn und Vater tiefe Blicke thun lassen.

München, im November 1858.

Dr. F. D.

---

3) Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter bis zur Mitte des dreizehnten Jahrhunderts von W. Wattenbach. Eine von der kgl. Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen gekrönte Preisschrift. Berlin, bei W. Hertz (Besser'sche Buchh.), 1858.

Wer jemals die Quellen der älteren deutschen Geschichte im Zusammenhang zu studiren unternommen hat, wird bei der lebendigen Bewegung, welche in diesem Gebiet seit 4—5 Jahrzehnten

Digitized by Google

ſich regt, bei der Fülle von neuen Ausgaben, von Monographien, von Kritiken und Aufſätzen ꝛc. in der Unüberſichtlichkeit dieſer Literatur eine höchſt läſtige Schwierigkeit gefunden haben. Bei dem faſt täglich vorrückenden Fluß dieſer Arbeiten ſind die älteren, heute noch gläubig benutzten Ausgaben oft morgen ſchon unbrauchbar, die zu Grund gelegten Anſichten von Alter, Filialverhältniß und Glaubwürdigkeit einer Quelle erſchüttert und beſeitigt worden; es war ſchwer, ja faſt unmöglich, den geſammten, in Zeitſchriften und Monographien ꝛc. zerſtreuten Apparat vollſtändig präſent zu erhalten, der zur Würdigung der Quellen nach den jüngſten Reſultaten erforderlich war. Ein Handbuch der Quellenkunde war ein ſchmerzliches Deſiderium geworden: ein Buch, in dem man ohne allzugroße Mühe und hemmenden Zeitverluſt ſich über den gegenwärtigen Stand der Kritik bezüglich der einzelnen Quellen orientiren könnte. In dem vorliegenden Buch hat ſich Wattenbach das hohe Verdienſt erworben, dieſem empfindlichen Mangel mit tüchtigen Kräften, ſoweit zur Zeit möglich, abgeholfen zu haben. Die kgl. Geſellſchaft der Wiſſenſchaften zu Göttingen hatte durch eine 1853 auf eine kritiſche Geſchichte der Hiſtoriographie bei den Deutſchen bis zur Mitte des 13. Jahrh. geſtellte Preisaufgabe den Impuls zum Abſchluß und der Begränzung der Arbeit gegeben, wie der Verfaſſer in der Vorrede berichtet. Eine Geſchichte der Hiſtoriographie im Sinne der Preisaufgabe hat nun der Verfaſſer freilich nicht geliefert und nicht liefern wollen: mit Recht zog er es vor, in einer kritiſchen Zuſammenſtellung der ſämmtlichen Quellen jenes Zeitalters ſich vorzugsweiſe von dem materiellen Werth, von der inhaltlichen Wichtigkeit der Quellen beſtimmen zu laſſen, anſtatt eine Geſchichte der Hiſtoriographie im formalen Sinne zu geben; er hat alle geſchichtlich-wichtigen Quellen eines Zeitraums in möglichſter Vollſtändigkeit behandelt, ihre Verfaſſer, Zeit, Ort, Umſtände ihrer Entſtehung, ihr Verhältniß zu älteren oder gleichzeitigen Quellen erörtert, und hat damit dem oben bezeichneten dringenden Bedürfniß in dankenswerther Weiſe abgeholfen, während eine ſtricte Einhaltung des von der Preisaufgabe geforderten Weges dieſe Vollſtändigkeit und jene Hervorhebung der ſtofflich wichtigen Quellen ausgeſchloſſen haben würde (Vorrede p. VI. und VII). Die Geſellſchaft hat ſich jedoch gleichwohl, und gewiß mit Recht, entſchloſſen, der verdienſtlichen Arbeit ihren Preis zu verleihen. Natürlich kann

Digitized by Google

von einem definitiven Abschluß in sehr vielen der in dem Buch behandelten Fragen noch keine Rede seyn; in einer so jungen und flüssigen Wissenschaft werden noch fortwährend bezüglich gar mancher der schwebenden Controversen Entdeckungen gemacht und neue Resultate gewonnen werden, welche die sämmtlichen jetzt vertheidigten Gegenansichten zugleich beseitigen werden; der Verfasser hat sich dieß auch keineswegs verhehlt. Allein es ist doch einmal der große Vortheil eines relativen Abschlusses gewonnen; es sind doch die bisherigen Ergebnisse der Quellengeschichte jedermann übersichtlich und zugänglich gemacht, und wenn in der gewissenhaften Zusammenstellung fremder Arbeiten der bewährte Fleiß, so hat sich in der in vielen wichtigen Fragen ausgesprochenen eigenen Ansicht die gründliche Gelehrsamkeit und das wissenschaftliche Talent des rühmlich bekannten Verfassers neue Verdienste erworben. — Wenn in dem Werk der Nachweis der Handschriften der einzelnen Quellen, die Erörterung ihres Causalverhältnisses ꝛc. vermißt wird, so verweist der Verfasser (p. VI. d. Vorrede) auf die zu hoffende Veröffentlichung des Directoriums der Monumente, welches diese Aufgabe in einem von einem Einzelnen natürlich nicht zu erreichenden Grad von Vollständigkeit und Ausführlichkeit lösen wird. — Bedenklicher wohl ist ein anderer Mangel, welcher gerade die praktischen Seiten des Buches berührt: nämlich die Unvollständigkeit der Literaturangaben selbst oft bei den wichtigeren Quellen; Vollständigkeit der Bibliographie, gegen deren Forderung der Verfasser sich ausdrücklich verwahrt, wäre freilich nicht zu verlangen; die veralteten Monographien, welche sich etwa aus dem 18. und aus dem Ende des 17. Jahrh. in ziemlicher Anzahl aus Doctordissertationen, Schulprogrammen ꝛc. bezüglich mancher Hauptquellen zusammentragen ließen, würden fast nutzlos den Umfang des Buches vergrößert haben, allein es sind doch auch neuere und nicht unwichtige Specialschriften in der Literaturangabe ausgeblieben, so z. B. bei Gregor von Tours, bei Paulus Diaconus ꝛc., während kleinere Recensionen, Aufsätze ꝛc. nicht übergangen werden, wodurch eine gewisse Ungleichmäßigkeit in der Darstellung des Stoffes entsteht. Bei den in Aussicht gestellten späteren Ueberarbeitungen des Buches dürfte gerade im Interesse des angestrebten Zweckes der Uebersichtlichkeit der Ergebnisse, der Vollständigkeit des Apparats zu den einzelnen Quellen, auf sorgfältige Literaturnachträge zu achten seyn. Vielleicht wäre

Digitized by Google

dann auch der erste Theil „die Vorzeit," d. h. die Quellen bis ins 8. Jahrh., mit größerer Ausführlichkeit zu behandeln, welche durch die Wichtigkeit jener Zeit der Bildung germanischer Staaten auf römischem Boden, sowie durch die Bedeutung von Quellen, wie Jordanis und Gregor von Tours, wohl verdient wäre und welche, wie der Verfasser selbst fühlt (p. VII.), im Verhältniß zu dem in den späteren Jahrhunderten angelegten Maßstab etwas verkürzt worden ist. Daß die dabei in Frage kommenden Reiche der West- und Ostgothen außerhalb der Gränzen Deutschlands liegen, hebt die Wichtigkeit der dorther stammenden Quellen auch für die deutsche Geschichte, insbesondere für Geschichte des öffentlichen Rechts, bei dem Mangel anderer Nachrichten aus jenen Jahrhunderten, nicht auf; das merowingische Reich aber ist nicht in höherem Grade ein „Mischreich," als dieß von dem karolingischen Frankenreich bis 843 gesagt werden kann, welches überhaupt nur seine natürliche Fortsetzung bildet.

Gewiß kann sich der Dank für das Verdienst des so tüchtigen und nutzenbringenden Werkes in dem Wunsch nach Erweiterung desselben am angemessensten aussprechen.

München. November 1858.

Dr. F. D.

---

4) Siebenbürgische Rechtsgeschichte. Compendiarisch dargestellt von Friedrich Schuler von Libloy, a. o. Professor an der k. k. Rechtsakademie zu Hermannstadt und Mitglied des Vereins für siebenbürgische Landeskunde. Erster Band, äußere Rechtsgeschichte und öffentliches Recht. Zweiter Band, die siebenbürgischen Privatrechte. Hermannstadt, 1855, 1858. gr. 8.

Bereits aus dem Jahre 1853 konnte in diesen Blättern der statuta jurium municipalium Saxonum in Transsilvania, bearbeitet von dem vorgenannten Rechtsgelehrten, als eines Beleges dafür Erwähnung geschehen, welche Rührigkeit auf dem rechtsgeschichtlichen Gebiete in dem so interessanten Vorposten ächt deutschen Wesens gegen den Osten sich mehr als je in neuester Zeit geltend macht. Nunmehr liegt das umfassende rechtsgeschichtliche Werk desselben Verfassers in zwei Bänden vor. Er selbst gibt I. S. 161 in Kürze folgende übersichtliche Zusammenfassung.

Digitized by Google

„Die siebenbürgische Rechtsgeschichte hat zur Folie den Kampf zwischen Königthum und Aristokratie, Kreuz und Halbmond — zwischen Adel, Bürgerthum und Hörigkeit — einen nur auf religiösem Gebiete beruhigten Kampf, in welchem sich oft in blutigen Schilderhebungen, ererbt nach Genossen und Mittel, Partei und Partei begegnen, jede das zum Hebel von Sonderinteressen erniedrigte Staatssystem ausbeutend für eine vielnamige „Freiheit," die bei der erdrückenden Schwere überlebter Standesverhältnisse nirgends für Alle gleich zu gedeihen vermochte.

Neben dieser nach Anlaß und Zweck, Kraft und Erfolg so verschiedenen Erscheinung, das reichgegliederte Leben genossenschaftlicher Verbände — in Nation, Kreis, Gemeinde und mancherart Corporation — sich selbst in gestaltungsvollem Daseyn befriedigend, vermehrt es durch die unduldsame Kraft der Theile die Ohnmacht des Ganzen.

Ein dem Throne zu eigenzweckvermeinter Absolutismus vielherrschend in der „Willkür" von Statuten — in „der" von Machthabern großer Würden und kleiner Aemter!

Dieß das constitutionelle Leben Siebenbürgens, reich an Thaten zerstörlichen Eigennutzes, hochflammenden Patriotismus, verderblicher Zwietracht, aufopfernden Gemeinsinnes — ein historischer Hintergrund, auf welchem sich die Rechtsgeschichte des Landes hier stumm und drangvoll, dort selbstgefällig, ruhsam und eifersüchtig starr bewegt, das unbegränzte Schauspiel entgegengesetzter Nationalentwicklungen."

Es ist natürlich, daß die volle Ausführung eines solchen Gemäldes zur Landesgeschichte selbst sich erheben müßte*). Bietet ja eben „der Volksgeist selbst bei Deutschen und Ungarn bei weitem mehr verwandte, als sich entgegengesetzte Secten. Es ist dieß wohl keine wundersame, aber eine wenig beachtete Erscheinung, vom ersten Beginn der Nationalentwicklung, begründet in der nachbarschaftlichen Urheimath — gleichem Schicksalstriebe — arianisch-germanischer und hunnisch-magyarisch-türkischer Wander- und Kriegsvölker, deren höchste Begriffe eine ähnliche Lehre vom guten und bösen Principe umfassen, deren gesellschaftlicher Zustand gleichmäßig auf „Treue" und „Pflicht" gestützt, in Gliederungen sich abschließt, und daher

*) Band II. S. 133—138.

als die römische Welt schon von den Grundsätzen individueller Freiheit, formeller Gleichheit und dem absoluten Herrschaftsbegriffe zum reinsten Egoismus vereinzelt, die slavische jedoch mehr nur zugänglich der Idee des Schönen war, gerade im Gegensatze festhielt an einer genossenschaftlichen Freiheit, an einer ständischen Ungleichheit, welche beide nur einen beschränkten Eigenthums- und Herrschaftsbegriff aufkommen ließen. Mit der Annahme des Christenthums wurde das wahre, gute und schöne Wesen der menschlichen Persönlichkeit immer mehr zur Anschauung gebracht, durch gegenseitige Berührung und Verschmelzung der Ideenkreis sich noch allgemeiner genähert. Doch hatten in Siebenbürgen jene oben angeführten social-politischen Gegensätze verschiedene nationale Träger gefunden, die nun freilich nicht nach der im Gemüthe der Magyaren und Deutschen befreundeten Natur sich annäherten, vielmehr ebenso auseinander gingen, wie dieß beiderseits gegenüber den (Dacoslavo-) romanischen Walachen — als Hörigen — geschehen war."

Das die Grundanschauung des Verfassers. Die Frage, wie er seinen Stoff behandelt hat, beantwortet sich einfach dahin, daß er in einer ersten Abtheilung die Geschichte der siebenbürgischen Rechtsquellen so zu sagen als äußere Rechtsgeschichte darstellt, und dann als zweite Abtheilung die Geschichte der siebenbürgischen Rechtsinstitute, und zwar vor allem jener des Staatsrechts und dann jener des Privatrechts liefert.

Die äußere Rechtsgeschichte mußte natürlich nach gewissen Perioden abgehandelt werden. Deren ergeben sich drei, wovon jeder einzelnen eine allgemeine politische Charakteristik vorangeschickt ist, nämlich 1) Siebenbürgen vereinigt mit Ungarn 1002 bis 1526 oder 1540, dann 2) Siebenbürgen unter eigenen Nationalfürsten 1540—1696, endlich 3) Siebenbürgen unter österreichischem Scepter 1696—1848, mit der Krone von Ungarn wieder vereinigt. Schon aus diesem allgemeinen Ueberblick ergibt sich, daß neben der allgemeinen ungarischen auch je nach den Zeiten besondere siebenbürgische Rechtsquellen zu schildern sind. In Bezug nun auf die Form, welche bei der ganzen Abtheilung beobachtet wurde, möchte eine Art Tadel nicht zu unterdrücken seyn. Abgesehen nämlich von der Ungleichheit, welche darin liegt, daß ein großer Theil der einschlagenden Gesetzeswerke ohne eigentliche Ver-

Digitized by Google

arbeitung ohne weiteres in die Darstellung aufgenommen ist, während die wichtigsten, zum Theil noch rechtsgültigen Gesetze des Landtages vom Jahre 1791 sich als eigener Anhang finden, stellt sich insbesondere störend heraus, daß sowohl dieser Anhang, als auch ein zweiter derartiger mit früheren Rechtsquellen mitten in dem betreffenden Bande zum Abdruck gekommen sind, und man eigentlich erst durch das systematisch zusammengestellte Inhaltsverzeichniß auf deren richtige Stelle aufmerksam wird. Doch liegt die Entschuldigung dafür nahe, insofern das ganze Werk in Lieferungen allgemach erschienen ist und die betreffenden Anhänge ebenso je an den Schluß der einzelnen Lieferungen gerathen sind. Bei einer — wie wir dem Verfasser aus vollem Herzen wünschen — wohl bald nöthig werdenden zweiten Auflage ist dieses jedenfalls leicht zu ändern. Natürlich gilt das gleichmäßig auch von den beiden Anhängen der schon berührten zweiten Abtheilung über die Geschichte der siebenbürgischen Rechtsinstitute, wovon der letztere den lateinischen und deutschen Gesetzestext der bereits im Jahre 1853 erschienenen gleich im Eingange erwähnten Arbeit über das Eigen-Landrecht der Siebenbürger Sachsen nunmehr getrennt von der Behandlung des Rechtsstoffes selbst enthält.

Was nunmehr gerade die Darstellung der Rechtsinstitute selbst anlangt, hat sie von vornherein mit der großen Schwierigkeit zu kämpfen, daß drei verschiedene Elemente dabei besonders zu berücksichtigen sind. Es kommt nämlich neben dem Lande der ungarischen Comitate jenes der Szeklernation und das der vereinigten sächsischen Gemeinden zu betrachten, deren Einwirken auf die Gesammtheit wesentlich bedingt war „durch

1) Grundeigenthumsverhältnisse, weniger durch Erwerbswege,
2) gleiche Genossenschaft und
3) Gliederung der Staatsgewalt."

In diesen „öffentlichen" Beziehungen waren gewöhnlich nationale Elemente ein territorial-social- und politisch-zusammenhängendes Gemeinwesen, und gelangten dieserart zu einem verstärkten Standesbewußtseyn, welches den Freiheitsbegriff in der Theilung von Herrschaftsrechten suchte, und sich daher in dem Bestreben, die Macht der Lehnsgewalt für „Eigenzweck" zu gewinnen, ebenso bei dem ungarischen Comitatsadel als den deutschen Colonien äußerte.

Digitized by Google

Allerdings mußte dieſe gleiche Abſicht bei dem ungariſchen Adel und den freien deutſchen Colonien, deren Staatsperſönlichkeit ebenfalls einen Edelmann vorſtellte, nach Veranlaſſung, Mittel und Erfolg eine für das Staatsleben ſehr verſchiedene Bedeutung haben. Für beide war Gerichts- und Heerbann und die dem König ſchuldige Treue das eigentliche Staatsverhältniß. Der Comitatsadel jedoch betrachtete dieß mehr von einem individuell-perſönlichen, die Colonie hingegen von einem ſocialen Standpunkte. Hiemit war die Politik beider Parteien entſchieden. Jene des Adels nach Zeit-, Ort- und Bildungsverhältniſſen mannichfachem Wechſel unterworfen. Dieſe der deutſchen Gemeinde, auf breiter Grundlage ruhend, von einer nachhaltigen Stetigkeit, und dieſerart eine feſte Stütze des Thrones, aber zugleich oft eine Abwehr des Neuen, ein Beharren beim Alten.

Dieſe Stellung war nur allmählich errungen. Vieles hatte fördernd, vieles ſtörend eingewirkt. Das ſächſiſche Colonialweſen in beiden Beziehungen berührt, anfänglich von dem dorfbeſtimmenden Einfluſſe mächtiger Geſchlechter und Erbrichter, ſpäter beſonders ſeit Ende des 15. Jahrhunderts von dem ſtädtiſchen Zunftregimente. Im gegenſeitigen Verhältniſſe der ſächſiſchen Gemeinden ſelbſt jener deutſche Sondergeiſt und Einigungstrieb, welcher eben ſo ſehr nach Außen ſich abſchließt, als im Innern die Einzelperſon an Genoſſenſchaften bindet, die zwar Schutz, Ehre und Rechtsgenuß gewähren, aber jeder Selbſtändigkeit feindlich entgegentreten und nur die Mittelmäßigkeit der Ortsheimathberechtigten begünſtigen. So finden ſich nirgends jene ſo oft für alle möglichen Völker geſchichtlich (!?) in Anſpruch genommenen Grundſätze individueller Freiheit und Gleichheit. Allerdings hat das deutſche Bürgerthum ſcheinbar jene altrömiſchen und modernen Begriffe zur Geltung gebracht. Doch könnten ſie eben ſo gut in dem als Volk verſtandenen Adel aufgefunden werden, da er keine Nationalität ausſchloß und namentlich bis in das Bauernthum der Szeklernation überging.

Naturwüchſig iſt die Staatsidee und das Bürgerthum bei dieſer geweſen. Die Szekler, ein durch Stamm- und Geſchlechtsverwandtſchaft verbundenes, auf freiem Eigengut anſäſſiges Volk, haben von jeher ein nationales Bewußtſeyn gezeigt, welches ſo lebhaft geweſen ſeyn mochte, daß ſie ſelbſt nach der Anſchließung

Digitized by Google

an die ungarische Monarchie als Edelleute dreier Kriegsordnungen in dem Staatsoberhaupte mehr einen patrimonialen Herrscher als den König des ganzen Reiches erblickten. Folgenreich war diese Auffassung in der Zeit innerer Zerwürfnisse. Nicht wie Adel und Städte durch ein besonderes Verhältniß der „Treue" an den Thron gebunden, von welchem Macht und Ehre abzuleiten sey, waren die Szekler geneigt das Königthum wie eine Schutzmacht anzusehen, welcher man die Bundesgenossenschaft nach Familienvortheil kündigen könne. Erst mit Einführung des jus regium im Jahre 1562 wird diese Eigenthümlichkeit gebrochen, und die mächtigen Geschlechter in ein besonderes Adelsinteresse gezogen.

So hatten sich die drei Nationalstände Siebenbürgens als Land und Leute im Staatsleben, hier in ihren Interessen vereinigt, dort wieder getrennt, zu einer provinciellen Selbständigkeit erhoben, und 1542—1545 auf Grundlage dessen ein neues Staatsgebäude gegründet.

Diese staatlichen Kräfte wurden neuerdings in Folge der Reformation getheilt, da vier Confessionen auch in der Gesetzgebung und Verwaltung des Landes gleich berechtigt seyn sollten: die beiden evangelischen und die nur wenige Bekenner zählende katholische und unitarische Religion, quatuor ***religiones***. Da die Evangelischen der Augsburger Confession eben nur die Sachsen waren, so schloß sich hier der religiöse und nationale Ständebegriff in ein Land und Volk zusammen, und erlangte dadurch eben so sehr innere Stärkung als äußere Schroffheit. Der Adel vorwiegend reformirt, die Szekler der Mehrzahl nach katholisch, sehen sich in confessioneller Beziehung unter einander getrennt. Hiedurch das alte provinzielle Standesbewußtseyn erschüttert. Die einzelnen Comitats- und Stuhlstände streben ihrerseits nach Abschließung, in ihrer Gesammtheit, jedoch nach einem siebenbürgischen Vaterlande.

Es kann natürlich hier nicht die Rede davon seyn, dem Verfasser in Einzelheiten besonders noch über den Kampf in der folgenden Zeit bis jetzt zu folgen. Daher sey nur bemerkt, daß er im ersten Theil der inneren Rechtsgeschichte die Institute des siebenbürgischen Staatsrechts abhandelt, und zwar a) die höchste Obergewalt im Staate, b) die fürstliche Gewalt in Siebenbürgen, c) die Mittelgewalt der Stände als des staatsrechtlichen

Digitized by Google

Volkes, mit besonderer Rücksicht auf ihren Antheil an der Gesetzgebung wie an der Verwaltung des Landes, d) die Mittelgewalt der einzelnen Nationen, für jede von den dreien gesondert, sammt dem besondern öffentlichen Recht privilegirter Gemeinden, e) das Unterthanenwesen. Die beiden anderen Theile, den zweiten Band des Werkes füllend, sind dem Privatrecht bestimmt. Und zwar handelt der zweite von den Instituten des siebenbürgisch ungarischen und szeklerischen Privatrechtes, zunächst im allgemeinen Theile über die Rechtssubjecte, die Rechtsobjecte, die Rechtsformen, nämlich vorzugsweise die Entstehung und Endigung von Rechtsverhältnissen und den Schutz derselben, sodann aber im besonderen Theile von den Rechten des Besitzes und Eigenthumes, welche in dem ungarischen Rechtsleben solche (untrennbare) factische Zustände gewesen sind, daß sie überhaupt als die allgemeine Rechtsform auftreten, innerhalb welcher die Uebung dinglicher Rechte stattgefunden hat, weiter von den Familienrechten, endlich vom Erbrechte. Daran schließt sich naturgemäß der dritte Theil, welcher den Instituten des siebenbürgisch sächsischen Privatrechtes gewidmet, und demnach der Inbegriff jener besondern Gesetze ist, durch welche die Einzelrechte der Bewohner des Sachsenlandes (und gewisser exempter Comitatsterritorien) unter sich bestimmt worden sind. Dieses bürgerliche Recht theilt sich nach der statutarischen Legislation in zwei Hauptgebiete, von denen das eine die Rechtsbeziehungen der Familienglieder, das andere jene von vertragschließenden Parteien umfaßt. In beiden Gebieten hat das mehrerwähnte Municipalgesetzbuch nur gegeneinander in bestimmten Verhältnissen stehende Personen im Auge, kömmt daher gar nicht zu einer Construction dinglicher Rechtsinstitute. Daher die Eintheilung dieses dritten Theiles einfach in Familienrecht und Obligationenrecht.

Haben wir es in dem eben mitgetheilten Werke mit einer höchst verdienstvollen vollständigen Rechtsgeschichte eines in vielfacher Beziehung merkwürdigen Landes und Volkes zu thun, so müssen wir mit dieser Anzeige noch die rühmende Erwähnung einer anderen wenigstens theilweise daher einschlagenden allerdings vorzugsweise juristischen Arbeit verbinden:

Digitized by Google

Das alte und neue Privatrecht in Ungarn, Siebenbürgen, Slavonien, Serbien, und dem temeser Banat, bezüglich seiner Fortdauer und Rückwirkung, dargestellt von **Maximilian Füger von Rechtborn,** Vicepräsidenten des k. k. siebenbürgischen Oberlandesgerichtes, Curator der k. k. Hermannstädter Rechtsakademie, Präses der Staatsprüfungscommission. Hermannstadt 1858. 8.

Nur als Einleitung nämlich konnte hier zunächst ein Ueberblick der ungarischen und siebenbürgischen, sowie ein Umriß der österreichischen Rechtsgeschichte von S. 1—14 gegeben werden. Die Absicht des Verfassers geht ja dahin „einen Beitrag zur begriffsmäßigen Lösung der mannichfaltigen Zweifel zu liefern, welche die Theorie und Praxis seiner vaterländischen Rechtswissenschaft so häufig in Anspruch nehmen und sich gewiß noch durch eine lange Reihe von Jahren geltend machen werden." Denn „sind die alten und neuen Gesetze, um deren zeitliche Gränzen es sich handelt, ihrem Principe nach wesentlich verschieden, wie dieß bezüglich des ungarischen und siebenbürgisch-sächsischen Privatrechts und des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches der Fall ist, so wird hierdurch die Schwierigkeit der Lösung der Frage über die Fortdauer der alten und Rückwirkung der neuen Civilrechtsregeln außerordentlich gesteigert. Hat auch die österreichische Gesetzgebung durch ein umfassendes System von Uebergangsbestimmungen, durch eine bestimmte zeitliche Begränzung zahlreicher Rechtsinstitute der früher bestandenen Gesetzgebung über das System der königlichen Schenkungen, den Aviticitätsnerus, die Verpfändung adeliger Liegenschaften, das Erbrecht u. s. w. und durch die Aufstellung der allgemeinen Rechtsregel, daß Gesetze nicht zurückwirken und daher auf vorher erworbene Rechte und vorhergegangene Handlungen keinen Einfluß haben, ihrerseits gethan was möglich war um die Lösung der sich ergebenden Zweifel auf sichere Grundlagen zurückzuführen, so ergeben sich doch erfahrungsgemäß bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Gesetzes auf einzelne Fälle viele Schwierigkeiten, welche eine specielle Behandlung dringend erheischen."

Nachdem nämlich in Folge der kaiserlichen Entschließung vom 31 December 1851 in allen übrigen Kronländern das Bedürfniß immer dringender wurde, durch die Erlassung umfassender bestimmter und zeitgemäßer Vorschriften über das Privatrecht einen geordneten Rechtszustand zu begründen, und es wünschenswerth er-

Digitized by Google

schien ein gemeinsames Recht für alle Kronländer einzuführen, ist das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, welches sich bereits in den meisten durch mehr als vier Decennien als vortrefflich bewährt hatte, am 29 November 1852 in Ungarn, Croatien, Slavonien, Serbien und im temeser Banat, endlich am 29 Mai 1853 auch in Siebenbürgen kundgemacht worden. Es ist nun in der gesammten Monarchie als gemeinsames Gesetz zur Geltung gelangt, und sind je vom 1 Mai und 1 September 1853 an alle bisher bestandenen, auf die Gegenstände des allgemeinen bürgerlichen Rechtes sich beziehenden Gesetze, Statuten und Gewohnheiten aufgehoben und außer Kraft gesetzt.

Gleichwohl bildet das genannte Gesetzbuch nicht die ausschließliche Norm in allen privatrechtlichen Angelegenheiten. Abgesehen davon daß jene Fälle welche der Wirksamkeit desselben vorausgingen, noch immer nach den bisherigen Landesgesetzen zu entscheiden sind, wurden in den Einführungspatenten die mit Rücksicht auf die eigenthümlichen Verhältnisse dieser Kronländer erforderlichen Beschränkungen und näheren Bestimmungen bezeichnet. Landesgesetze sind fortan auch für neuere Fälle in Kraft erhalten worden.

Auch sind nebst dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch anderweitige privatrechtliche Vorschriften zur Geltung gekommen. Es sey beispielsweise nur die für den ganzen Umfang des Kaiserstaates berechnete Wechselordnung vom 25 Januar 1850 erwähnt. Oder das Auswanderungspatent vom 24 März 1852. Da ferner durch die Einführung jenes Gesetzbuches die früheren Rechtsverhältnisse besonders bezüglich des beschränkten Eigenthumsrechtes auf liegende Güter hinsichtlich ihrer Belastung, Verpfändung und vornehmlich der gesetzlichen Erbfolge wie der in einigen Theilen dieser Kronländer bestandenen Aviticitätsverhältnisse gänzlich geändert wurden, und es den Rechtsgrundsätzen angemessen erschien behufs der Aufhebung und ferneren Ausübung und Geltendmachung dieser Rechte besondere Bestimmungen festzusetzen, wurde gleichzeitig mit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches das sogenannte Aviticitätspatent vom 29 November 1852 und 29 Mai 1853 erlassen. Eine provisorische Concursordnung schreibt sich vom 18 Juli 1853. Höchst wichtig ist endlich das Ehegesetz vom 8 October 1856.

Digitized by Google

Insbesondere dieses wirkte entschieden dahin, daß auch nicht alle Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden.

Sollten alle die hieraus auftauchenden Zweifel einmal aufgestellt, und dann auch wirklich gelöst werden, oder sollte es wenigstens zu einem ganz bestimmten Versuche ihrer Lösung kommen, so genügten nicht allgemeine Grundsätze, sondern es mußte auf bestimmte Fragen einläßlich eingegangen werden. Der Verfasser thut dieses nach zwei Seiten. Er erörtert nämlich einmal in den §§. 10—23 das Verhältniß des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu anderen in Ungarn und den mehrgenannten Kronländern gültigen Gesetzen, und zwar vor allem das Verhältniß zum gemeinen Rechte, dann zu den Militärgesetzen, zum Wechselrecht, zur Concursordnung, endlich zu den Gesetzen über das Verfahren in und außer Streitsachen, und zur Jurisdictionsnorm. Sodann aber behandelt er höchst ausführlich in den §§. 25—188 die rückwirkende Kraft jenes Gesetzbuches, und zwar vorerst A) mit Rücksichtnahme auf die Hauptbestandtheile desselben, nämlich a) die Bestimmungen über das Eherecht, b) die Gesetze über Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Eltern und Kindern, c) die Gesetze bezüglich der Vormundschaft und Curatel, d) das Eigenthumsrecht, e) das Pfandrecht, f) die Dienstbarkeiten, g) das Erbrecht in seinem vollen Umfange, h) die Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte, i) das Obligationenrecht, und zwar darunter speciell die Bestimmungen der ungarischen Gesetze wie jener des sächsischen Statutes bezüglich des Obligationenrechtes, k) Ersitzung und Verjährung; sodann aber B) im Hinblicke auf die verschiedenen Gattungen der Gesetze, nämlich a) Verbotsgesetze, b) Strafgesetze, c) declaratorische Gesetze, d) Auslegungsregeln, e) gesetzliche Vermuthungen. Den Schluß bildet noch in den §§. 189—214 eine Abtheilung über die rückwirkende Kraft des schon berührten Avilicitätspatentes.

Die Bearbeitung dieses hier nur in den Hauptumrissen angezeigten Stoffes liefert den Beweis für den richtigen Tact des im praktischen Leben gewiegten Verfassers, der auch hiebei nirgends den Faden der Rechtsgeschichte zu verlieren trachtet. Das ganze Werk bleibt — wenn auch über das oder jenes andere Ansichten durchschlagen können — ein höchst bedeutender Beitrag für die sichere Behandlung dieser so schwierigen Materie. R.

Digitized by Google

I. Alphabetisches Verzeichniß

der

Autoren resp. Werke, welche im sechsten Bande der Ueberschau beurtheilt oder angezeigt sind.

Ahrens, H. Juristische Encyklopädie, oder organische Darstellung der Rechts- und Staatswissenschaft auf Grundlage einer ethischen Rechtsphilosophie (1855—57) 37 ff.

Aktenstücke, betreffend die Trennung der Justiz und Verwaltung in Hamburg (1857) 104 ff.

Bericht, über die Regierungsangelegenheiten Islands. 115.

Biener, das englische Geschwornengericht (1852) 417.

Bluhme, F. Encyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte (1854) 37 ff.

Bluhme, System des in Deutschland geltenden Strafrechts mit Einschluß des Strafprocesses (1854) 420.

Brinz, kritische Blätter Nro. 4. (1855) 211, 227 ff.

Coelsem van, du droit pénal au XIII. siécle dans l'ancien duché de Brabant etc. etc. (1857) 109 ff.

Daniels v., über Ursprung und Werth der Geschwornenanstalt 408.

Delbrück Dr. B., die dingliche Klage des deutschen Rechts (1857) 189 ff.

Dernburg, über den Werth und die Bedeutung der Schwurgerichte (1848) 404.

Detleffen Dr., neuentdeckte römische Urkunden 76—91, und 433 ff.

Edel, Karl, Professor in Würzburg; das kgl. bayer. Gesetz vom 1ten Juli 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren in den Landestheilen diesseits des Rheins betreffend (1857) 104 ff.

Eisenlohr, Dr. Ch. F. M., das literarisch-artistische Eigenthum und Verlagsrecht (1855) 102 ff.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten. Nebst Motiven (1857) 238 ff.

Ficker Dr., Julius, Professor in Innsbruck. Ueber einen Spiegel deutscher Leute und dessen Stellung zum Sachsen- und Schwabenspiegel (1857) 275 ff.

Finsen Vilhjálma, Ausgabe der Grangans 113 ff.

Foß Dr., R. Ludwig der Fromme vor seiner Thronbesteigung (1858) 440.

Digitized by Google

Geib, die Reform des deutschen Rechtslebens (1848) 405.
Gerber v., das Hausgesetz der Grafen von Giech. 330 ff.
Goldschmidt Dr. L., Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht (1858) 294 ff.
Grohmann Ch. F., das Schwurgericht (1857) 427.
Gumposch und Fischer, das Geschwornengericht, ein Handbuch für Richter, Anwälte und Geschworne (1849) 412.
Gundermann, über die Einstimmigkeit der Geschwornen 409.
Hagens, über die Einführung der Geschwornen 407.
Helmolt v., die Correalobligationen (1857) 215 ff.
Hilgard, der Kampf zwischen Schwurgericht und ständigen Gerichten u. Vorschlag zu einer Aussöhnung beider Systeme (1855) 420.
Homeyer Dr. C. G., der Richtsteig Landsrechts (1857) 189 ff. und 261.
Homeyer, über den Spiegel deutscher Leute (im Monatsberichte der kgl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin vom December 1857. 622 – 639) 276 ff.
Hudtwalker, Gedanken über die Einführung von Geschwornengerichten in Criminalsachen in Hamburg 1848. 406.
Hye v., Ministerialrath, leitende Grundsätze der österreichischen Strafproceßordnung vom 29sten Juli 1853 (1854) 16. ff.
Kletke Dr. G. M., Zeitschrift für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe aller deutschen Staaten in Handelsrechtssachen mit Einschluß des Wechselrechts (1857) 294. ff.
König, die Geschwornen (1848) 407.
Köstlin, Geschwornengericht für Nichtjuristen (1849) 410.
Köstlin, Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jhdt. (1849.) 410.
Laurent F., Études sur l'histoire de l'humanité. Les Barbares et le Catholicisme (1857) 257 ff.
Lehenkuhl E., die Verpfändung von Nichteigenthum nach gemeinen Rechten (1856) 95 ff.
Lienbacher, Staatsanwalt zu Ofen, Anklagegrundsatz und Anklageform in ihrem Einflusse auf die Dauer und Kosten des österr. Strafprocesses 16 ff.
Lutz J., Protokolle der Commision zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs (1858) 238 ff.
Maaßen Dr. Friedrich, Professor in Innsbruck. Beiträge zur Geschichte der juristischen Literatur des Mittelalters, insbesondere der Decretisten-Literatur des XII. Jahrhunderts (1857) 283 ff.
Maurer v., die Freipflege (1848) 408.
Orelli A. v., die Jury in Frankreich und England ꝛc. ꝛc. (1852) 419.
Ofenbrüggen Ed., Deutsche Rechtsalterthümer aus der Schweiz (1858.) 259 ff.
Plank Dr. Jul. Wilh., systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafproceßordnungen seit 1848 (1857) 305 ff.
Rückert Dr. L., der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts (1857) 100 ff.
Rückert, zur Theorie der Correalobligationen. 209 ff.
Rulf, Professor zu Preßburg. Commentar zur Strafproceßordnung (1857) 16 ff.
Schaaf Dr. F. W., Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. Erster Band. Zur Lehre von der culpa (1858) 254 ff.

Digitized by Google

Schmid Dr. Reinhold, Professor zu Bern, die Geschichte der Angelsachsen ꝛc. ꝛc. 2te Aufl. (1858) 271 ff.
Schuler von Libloy Fr., siebenbürgische Rechtsgeschichte (1855, 1858) 445.
Seuffert Johann Adam von, Nekrolog. 137 ff.
Siegel Dr. Heinrich, Professor zu Wien. Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens (1857) 265 ff.
Sigurðsson Jón (Diplomatarium Islandicum (1857) 116 ff.
Sigurdsson Jón und Stephensen Oddgeirr, Gesetzsammlung für Island 115.
Stadtrecht zu Freyburg im Breisgau von 1520. 50, 62 ff.
Stein Dr. Fr., Untersuchungen über die Entwicklung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts. Erste Abtheilung (1857) 189 ff.
Sternfeld, das öffentliche Verfahren vor dem Geschwornengericht (1848) 407.
Stintzing Dr. R., Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation (1857) 50 ff.
Voigt Dr. J. F., und Heinichen, Dr. E., Neues Archiv für Handelsrecht (1858) 293 ff.
Voigt Dr. Moritz, die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer (1856) 1 ff.
Vorkampf-Laue Gustav, Vergleichung der kurländischen Rechtsbestimmungen über die Bürgschaft mit den einschlägigen gemeinrechtlichen (1856) 95 ff.
Wächter Dr. Oscar, das Verlagsrecht mit Einschluß der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck. I. Bd. (1857) 102 ff.
Walter F., Juristische Encyklopädie (1856) 37 ff.
Warnkönig L. A., Juristische Encyklopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland (1853) 37 ff.
Wattenbach W., Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter bis zur Mitte des 13ten Jahrhunderts (Berlin 1858) 442.
Weiske Dr. J., Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft. Bd. I.—XI. 92 ff.
Zachariä Dr. H. A., Rechtsgutachten, die von Agnaten des Hessen-Casselschen Fürstenhauses versuchte Vindication der Ganerbschaft Treffurt, hessischen Antheils, von ihrem gegenwärtigen Besitzer, dem Fürsten Clodwig von Hohenlohe-Schillingsfürst, Prinzen von Ratibor und Corvey, betreffend. (1856) 107 ff.
Zeitschriften, Ueberschau der, 118—136, 288—304.

Digitized by Google

II. Sach-Register

über den sechsten Band der Ueberschau.

Adel, Ausdehnung des, auf das ganze Geschlecht. 333.
Administration, Trennung von der Justiz. 105.
Aequitas. 4, 10.
Aktiengesellschaften als juristische Personen. 180, 183.
Anklageform im österr. Strafproceß. 22.
Anklageprincip. 319.
Annalistische Methode der Geschichtsschreibung. 440.
Apanagen im Giech'schen Hausgesetz. 360.
Appellationsinstanz im Straf-Verfahren. 327.
Araber. 258.
Archiv des Criminalrechts. 299.
— für Handelsrecht, neues. 295.
— für preußisches Strafrecht. 302.
— für civilistische Praxis. 298.
— für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe. 143
— für deutsches Wechselrecht. 132.
Assecuranz zum Zweck der Militärbefreiung in Frankreich. 120, 121.
Autonomie, Gränzen der. 337.

Basel, Kolenberger Gericht, in 259.
Bayerisches Gesetz v. 1. Juli 1856. 106.
— Recht, Zeitschriften für 301.
Bayern, Versuch der Schwurgerichtseinführung in, 393.
Beneficium divisionis nach kurländischem Recht. 97.
Beneficium excussionis. 97, 98.
Beweistheorie, gesetzliche. 30, 33, 321.
Biener: über das Schwurgericht. 398, 417.
Billigkeit. 3.
Blätter für administrative Praxis. 301.
— für Rechtsanwendung. 141, 301
Blutrache in der Schweiz. 259.
Brabanter Strafrecht in den Keuren des 13ten Jahrhunderts. 109.
Buch Johann v., als Autor des Richtsteigs. 261.
Buchstabe des Gesetzes. 290.
Bürgen, Umfang der Haftung der, in Curland. 99.
Byzantinisches Reich. 258.

Canonisches Recht, Einfluß des, auf Civilproceß u. Familienrecht. 129.
Cardinalis, Glosse zum Decret Gratians. 284.
Civil- u. Strafproceß im ältesten deutschen Recht. 270.
Coburg-Gotha, Einführung des Schwurgerichts in. 432.
Codification der Gesetze. 292.
Codification der französischen Gesetzgebung. 119, 120.
Collegia funeraria. 176.
Collegia licita. 149, 151.
Collegia et societates. 151, 152.

Digitized by Google

Commentar zur bayerischen Gerichtsordnung. 140, 141.
Competenzconflicte in Frankreich. 119.
Corporationen, Auflösung durch Gesammtbeschluß der Mitglieder. 176. 177.
— Entstehung von. 148, 153.
Correalobligation, von der. 207 ff.
Culpa. 255.
Culturgesetzgebung, französische unter Heinrich IV. 124, 125.

Darlehens Urkunde, römische. 78, 79.
Decret Gratians. 283.
Deutsches Privatrecht, Begriff des. 101.
Diligentia. 256.
Dingliche Klagen, nach römischer und deutscher Auffassung. 195.

Ebenbürtigkeit. 334.
Eigenthum, literarisch-artistisches. 102.
Eigenthum an adel. Hausvermögen. 356.
Eigenthumsschutz, römischer und deutscher. 190, 191, 193.
Encyklopädie einer Wissenschaft. 38.
Erbfolge der Grafen von Giech. 354.
Ertränken und Schwemmen. 260.
Exceptio rei in judicium deductae. 318.
Exceptio rei judicatae im Strafrecht. 319.
Expropriation in Frankreich. 118, 122.

Familienfideicommiß als politische Institution. 381.
Familienhaupt, Stellung des, im Giech'schen Hausgesetz. 374.
Fehdewesen. 269.
Feuerbach Anselm, über das Schwurgericht. 388.
Fiction in Ansehung juristischer Personen. 157, 158, 166.
Fictionen, praktische. 166.
— theoretische. 167.
Firma, Recht auf. 104.
Fragestellung an die Geschwornen. 325.
Frevel unter ruhigem Rasen. 260.
Freyburger Stadtrecht v. J. 1520. 61.

Garantien der Privatrechte in Frankreich. 123.
Geburt, Einfluß der, auf die Staatsangehörigkeit. 128.
Gemeindegründevertheilung, französ. 288.
Gemeindevermögen, französische. 289.
Gerichtsorganisation. 310.
Gerke von Kerkow. 262.
Germanistencongreß zu Frankfurt und Lübeck. 401.
Geschwornengericht in Deutschland. 308.
Gewere. 193, 202.
Giech'sches Hausgesetz. 330.
Glossatoren des decretum Gratiani. 284.
Gnade bei Recht. 260.
Graugans. 113, 114.
Grundbesitzverhältnisse, angelsächsische. 274.

Handelsgesetzbuch, Entwurf eines deutschen. 238.
— v. Giech'sches. 330.
Heffter: über das Schwurgericht. 415.
Hereditas jacens. 160, 161, 162, 170.
Historische Forschungen über das Schwurgericht. 391, 393.
Huguccio's Commentar zum Decret Gratians. 286.

Inschriften, römische in Siebenbürgen. 76.
Johannes Faventinus, Glosse zum Decret Gratians. 284.
Isländische Rechtsaufzeichnungen, ältere. 114.
Julirevolution, Einfluß der, auf den deutschen Schwurgerichtsstreit. 394.
Juristische Person als Rechtssubject. 157.
Juristische Persönlichkeit, staatliche Ertheilung der, 155.
Jury in der Demokratie. 415.
Jury, deutsche. 316.
Jus civile. 6.
Jus gentium. 5, 11.
Jus naturale. 6, 8.

Digitized by Google

Kaufurkunden, römische. 80, 81, 84, 87.
Klage aus älterem redlichen Besitz. 205.
Klage aus älterem titulirten Besitz. 207.
Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen. 206.
Köstlin, über das Schwurgericht. 409.
Kolenberger Gericht in Basel. 259.
Kurländisches Recht. 97.

Lebendigbegraben der Kindsmörderinnen. 260.

Marca hispanica. 442.
Möser Justus, über das Schwurgericht. 386.
Mittermaier, über das Schwurgericht. 390, 399.

Naturalisations-Gesetzgebung, französische. 122.
Nekrolog von Joh. Ad. Seuffert. 137.
Nichtigkeitsbeschwerde. 327.
Notare, Verantwortlichkeit der. 121.

Oesterreich, Strafproceßordnung für. 15, 123.

Paucapalea's Summa zum Decret Gratians. 285.
Pentaptychum. 433.
Philosophie, Einfluß der, auf die römische Rechtswissenschaft. 7.
Pipins und seiner Nachfolger Politik. 441.
Polizei, Recht der, allgemeine Strafgebote zu erlassen. 126.
Publication falscher Nachrichten in Frankreich. 119.
Publiciana. 207.

Quellenkunde, deutsche. 443.

Recht im Verhältniß zum Rechtssubject. 219, 220.
Rechtsencyklopädie, Bedeutung der. 41.
— , Material. 47.
Rechtsfähigkeit. 157, 158.
Rechtsgeschichte, siebenbürgische. 446.
Rechtsmittel im Strafproceß. 326.
Rechtsmittel im österr. Strafproceß. 34.
Reform des Strafverfahrens. 417.
Revue critique de législation et de jurisprudence. 118, 288.
Richtsteig Landrechts, Handschriften. 261.
Römisches Recht, zur Reception des. 55.
Rolandus, Glossator zum Decret Gratians. 285.
Rotenburger Quart. 107.
Rufinus, Glossator zum Decret Gratians. 285.

Sachsenspiegel, Uebergang zum Schwabenspiegel 279.
Schenkungen zu Gunsten der öffentlichen und kirchlichen Anstalten Frankreichs. 123. 290.
Schwabenspiegel, Geschichte. 281.
Schwurgerichtsstreit in Deutschland. 335.
Siebenbürgen, Rechtsgeschichte von. 445.
Sighard von Cremona. 285.
Simeon von Bisiniano. 285.
Spiegel deutscher Leute. 276.
Spolienklage. 204.
Staatsanwaltschaft. 317.
— , französ. in Statusfragen. 125.
Stammgutscuratel im Giech'schen Hausgesetz. 376.
Standesverhältnisse, angelsächsische. 274.
Stephan von Tournay 285.
Strafproceßordnung, neue österr. 15, 123.
Strafproceßwissenschaft. 305.
— Aufgabe der. 313.
Subject der Rechte bei juristischen Personen. 159.
— bei hereditas jacens. 161.
Summa des Paucapalea. 285.
System des deutschen Strafverfahrens. 314.

Talion im flandrischen Criminalrecht. 110.

Digitized by Google

Treffurt, Ganerbschaft. 107.
Trennung der That- und Rechtsfrage. 428.
Triptychon. 434.

Unschuldsrose. 260.
Untersuchung, schriftliche im österr. Strafproceß. 24.
Untersuchungen, Verbindung oder Trennung mehrerer. 329.
Untersuchungsprincip. 319.
Urkunden, isländische. 116.
— römische. 76.
Urkundenfragment, griechisches. 433.

Verantwortlichkeit der französischen Notare. 121.
Verlagsrecht. 102.
Verpfändung von Nichteigenthum. 95.
— von Rechten. 96.
— von zukünftigen Sachen 96.
Verschwiegenheitseid. 260.
Vertretung als Entstehungsgrund der Correalobligation. 228.
Verwaltungsrecht, französische Controversen im. 289.
Voruntersuchung, Beschluß über die. 322.

Wege und Landstraßen in Frankreich. 293.
Wiederaufnahme d. Strafverfahrens, 328.

Zasius Ulrich. 51.
Zeitschriften für bayerisches Recht. 301.
— für Civilrecht und Civilproceß. 299.
— für Gesetzgebung u. Rechtspflege. 301.
— für Gesetzgebungs- und Verwaltungsreform. in Bayern. 302.
— für Handelsgesetzgebung. 297.
Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. 296.
Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. 134.
Zeitschriften, Uebersicht der, 118, 288.
Zeugenliste. 323.
Zeugenvereidigung. 324.
Zinsfuß, gesetzlicher. 290.

Digitized by Google

III. Verzeichniß

der

Autoren, welche zum sechsten Bande der kritischen Ueberschau Beiträge geliefert haben.

Anschütz, Prof. Dr., der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches. Beiträge zur Beurtheilung desselben. p. 238—253.

Arndts, Prof. Dr., neuentdeckte römische Urkunden p. 76—91 u. 433—39.

Bluntschli, Prof. Dr., zur Rechtsphilosophie. Zwei Extreme. V. 321—331.

— —, zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland. p. 50—75.

— —, neuere Untersuchungen über das deutsche Sachenrecht. p. 189—208.

Dahn, Dr., über W. Wattenbach's Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter bis zur Mitte des 13ten Jahrhunderts. p. 442—445.

Esmarch, Dr., über Dr. Moritz Voigts Lehre vom jus naturale, aequum et bonum. p. 1—13.

Hildenbrand, Dr., die neuere Literatur der Rechtsencyklopädie (Ahrens, Bluhme, Walter, Warnkönig.) p. 37—49.

Maurer, Prof. Dr., zur isländischen Rechtsgeschichte. p. 113—117.

Ortloff, Dr. Hermann, der Schwurgerichtsstreit in Deutschland. p. 385—432.

Schwarze, Dr. F., über Plank's systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neuen Strafproceßordnungen. p. 305—329.

Unger, Dr., zur Lehre von den juristischen Personen. p. 147—188.

Wahlberg, Dr., zur Charakteristik der deutschen Literatur der neuen österreichischen Strafproceßordnung. p. 14—36.

Windscheid, Prof. Dr., zur Lehre von der Correalobligation. p. 209—237.

Berichtigungen in B. VI. H. 3. der Ueberschau.

S. 433 letzte Zeile ist vor „Falle" noch einzuschalten: „solche."
„ 434 Z. 16 v. oben statt „nur" lies "nun."
„ 439 Z. 12 „ „ statt „Trinuum" „ Trinumm."
Auf Seite 437 u. 438. ist öfter statt T r zu setzen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 737

Digitized by Google